


J. & O. Cremazie,
Libraires,
12, rue La Fabrique.
Quebec.





COURS

DE DROIT CIVIL

SUIVANT LE CODE FRANÇAIS.

IMP. DE HAUMAN ET Ce. — DELTOMBE, GÉRANT.
Rue du Nord, n° 8.

COURS

DE DROIT CIVIL

SUIVANT LE CODE FRANÇAIS,

AVEC DES SOMMAIRES OU EXPOSÉS ANALYTIQUES EN TÊTE DE CHAQUE CHAPITRE
ET SECTION DE MATIÈRE,
UNE TABLE GÉNÉRALE A LA FIN DE CHAQUE VOLUME ET DES NOTES INDICATIVES DES LOIS ROMAINES
ET ANCIENNES ORDONNANCES OÙ ONT ÉTÉ PUISÉES LES LOIS NOUVELLES,
ET CONTENANT LES OBSERVATIONS QUI NE POUVAIENT ENTRER DANS LE TEXTE
SANS EN INTERROMPRE LA MARCHE;

PAR M. DURANTON,

PROFESSEUR DE DROIT CIVIL A LA FACULTÉ DE PARIS, MEMBRE DE LA LÉGION D'HONNEUR.

QUATRIÈME ÉDITION,

CONSIDÉRABLEMENT AUGMENTÉE,

CONTENANT

LE TEXTE DES LOIS QUI ONT MODIFIÉ LA LÉGISLATION EN BELGIQUE.
LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION ET DES COURS D'APPEL BELGES,
LE RENVOI DE CHAQUE ARTICLE DU CODE FRANÇAIS A L'ARTICLE CORRESPONDANT DU NOUVEAU CODE DE HOLLANDE;
LA CONCORDANCE ENTRE LE CODE CIVIL FRANÇAIS ET LES CODES ÉTRANGERS;
LE TEXTE DES CODES 1° FRANÇAIS; 2° DES DEUX-SICILES; 3° DE LA LOUISIANE; 4° SARDE;
5° DU CANTON DE VAUD; 6° HOLLANDAIS;
7° BAVAROIS; 8° AUTRICHIEN; 9° PRUSSIEN; 10° SUÉDOIS; 11° DE BERNE;
12° DE FRIBOURG; 13° D'ARGOVIE; 14° DE BADE; 15° D'HAÏTI,
ET LES LOIS HYPOTHÉCAIRES DE 1° SUÈDE; 2° WURTEMBERG; 3° GENÈVE; 4° FRIBOURG;
5° SAINT-GALL; 6° LA GRÈCE;

SUIVIE

D'UNE TABLE ANALYTIQUE PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE.

—

TOME TROISIÈME. 5-6 - Edit fr

H. E. Taschereau 1855

BRUXELLES.

SOCIÉTÉ BELGE DE LIBRAIRIE.

HAUMAN ET Ce,

EDITEUR DES ARCHIVES DE DROIT ET DE LÉGISLATION ET DES OUVRAGES DE BEAUMONT ET TOCQUEVILLE, BENJAMIN CONSTANT,
BENTHAM, BOILEUX ET PONCELET, BONCENNE, BOITARD, BOULAY-PATY, BRAVARD, COMTE,
COOPER, DUCPETIAUX, DUPIN AÎNÉ, GUIZOT, GÉRARD, LHERMINIER, MICHELET, MUHLENBRUCH, NOUGUIER,
PARDESSUS, RAU, ROSSI, SAVIGNY, VATTEL, ETC., ETC.

—

1841

COURS
DE DROIT FRANÇAIS
SUIVANT
LE CODE CIVIL.

LIVRE II.

DES BIENS ET DES MODIFICATIONS DE LA PROPRIÉTÉ.

SUITE DU TITRE III.

CHAPITRE VI.

DES DROITS D'USAGE ET D'HABITATION.

SOMMAIRE.

1. *Liaison avec ce qui précède.*
2. *Le droit d'usage veut être considéré sous un double point de vue.*
3. *Division du chapitre.*

1. Nous avons expliqué au tome précédent tout ce qui est relatif au droit d'usufruit; il nous reste maintenant à traiter sur ce titre de ce qui concerne les droits d'usage et d'habitation, et l'usage dans les bois et forêts.

Mais les droits d'usage et d'habitation ont tant d'affinité avec celui d'usufruit, que la plupart des explications que nous avons données sur ce dernier leur conviennent également; ce qui nous commande la brièveté et nous engage à éviter toute répétition inutile.

Cependant il existe entre ces diverses modifications du droit de propriété quelques différences assez importantes pour mériter d'être signalées avec exactitude, et c'est ce que nous tâcherons de faire le plus succinctement qu'il nous sera possible.

2. Le droit d'usage veut être considéré sous un double point de vue : ou comme appartenant à un ou plusieurs particuliers sur les biens d'un autre particulier, ou comme appartenant à une commune ou communauté d'habitants sur des fonds situés dans le territoire de son établissement. Ce dernier est perpétuel de sa nature; il fait partie des biens communaux, et conséquemment il est régi comme bien communal : les biens communaux, porte l'article 542 (1), sont ceux à la propriété ou *au produit* desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis.

L'usage dans les bois et forêts est également soumis à des lois particulières (art. 636) (2). Nous en parlerons au chapitre suivant.

3. Dans celui-ci nous traiterons d'abord du droit d'usage de particulier à particulier;

Ensuite du droit d'habitation;

Et enfin de l'usage appartenant à une commune ou communauté d'habitants.

(1) Code de Hollande, art. 582

(2) Code de Hollande, art. 876.

SECTION PREMIÈRE.

DU DROIT D'USAGE APPARTENANT A UN PARTICULIER SUR LES BIENS D'UN AUTRE PARTICULIER.

SOMMAIRE.

4. *Division de la section.*

§ Ier.

Comment s'établit le droit d'usage de particulier à particulier.

5. *Généralement les droits d'usage et d'habitation s'établissent et se perdent de la même manière que l'usufruit.*
6. *Cependant la loi n'établit pas elle-même le droit d'usage ou d'habitation, tandis qu'elle établit le droit d'usufruit dans certains cas.*
7. *On peut aussi acquérir l'usufruit par prescription, et il n'en est pas ainsi du droit d'usage dans tous les cas.*
8. *Mais le droit d'habitation peut aussi s'acquérir par prescription.*

§ II.

De la nature et de l'étendue du droit d'usage.

9. *L'usage est mesuré sur les besoins de l'usager, au lieu que l'usufruit attribue tout l'émolument de la chose à l'usufruitier.*
10. *L'usufruit peut s'acquérir ou s'éteindre pour partie, mais non l'usage : l'un est divisible, l'autre indivisible.*
11. *L'usufruit peut être constitué à titre universel; le droit d'usage ou d'habitation est toujours constitué à titre particulier.*
12. *Le droit d'accroissement peut avoir lieu en matière de legs d'usufruit, mais non dans le legs du droit d'usage.*
13. *Si on lègue à l'un l'usufruit d'un fonds, et à l'autre l'usage de ce même fonds, l'usager doit être servi le premier sur les fruits dans la mesure de ses besoins.*
14. *Le droit d'usufruit, quoique pouvant être établi au profit de plusieurs personnes successivement, ne peut cependant être perpétuel; au lieu qu'on peut constituer un droit d'usage à perpétuité.*
15. *Comme le droit d'usufruit, les droits d'usage et d'habitation sont des droits réels : conséquences.*
16. *Disposition et interprétation de la* L. 8, ff. de Servitutibus.
17. *L'étendue du droit d'usage se règle par le titre constitutif.*
18. *Étendue du droit quand le titre ne s'explique pas.*
19. *Quelles sont les personnes qui font partie de la famille de l'usager, et pour lesquelles il a droit aux fruits.*
20. *Le droit d'usage ne peut être vendu, cédé ni loué ;*
21. *Même dans le cas où l'usager absorberait tous les fruits.*
22. *Il ne peut par cela même être saisi;*
23. *Ni être hypothéqué; au lieu que l'usufruit peut être vendu, cédé, loué, saisi, et hypothéqué, s'il réside sur un immeuble.*
24. *Si le titre constitutif autorisait l'aliénation du droit, toutes les prohibitions ci-dessus cesseraient.*
25. *La prohibition légale d'aliéner le droit d'usage, en l'absence de disposition contraire dans le titre, s'étend-elle aux fruits perçus ou délivrés?*
26. *Si l'usager meurt avant d'avoir consommé les fruits, ce qui en reste appartient-il à ses héritiers ?*
27. *Quand le titre ne s'en explique pas, l'usager peut-il cultiver lui-même le fonds, ou doit-il seulement recevoir les fruits dont il a besoin? Dispositions du droit romain à cet égard, et résolution de la question par une distinction.*
28. *L'usage peut être établi au profit de plusieurs successivement : application du principe.*
29. *Établi au profit d'un individu et de ses* enfants, *cela s'entendrait des enfants au premier degré, mais chacun d'eux serait usager en titre.*
30. *Établi au profit d'une personne et de ses* descendants, *il serait censé constitué pour toute la postérité;*
31. *Mais il ne peut être établi par donation entre-vifs ou par testament qu'au profit des enfants ou descendants conçus au moment de la donation ou du décès du testateur, sauf les cas de substitution permise :* secus *quand il est constitué à titre onéreux.*
32. *Quel est le sens du mot* famille *dans une constitution d'usage au profit d'un individu* et de sa famille ?

§ III.

Des obligations de l'usager.

§ IV.

De l'extinction du droit d'usage.

4. Il y a à voir, sur le droit d'usage de particulier à particulier :

1° Comment ce droit s'établit ;

2° Sa nature et son étendue ;

3° Les obligations de l'usager ;

4° L'extinction du droit d'usage.

§ Ier.

Comment s'établit le droit d'usage de particulier à particulier.

5. Suivant l'article 625 (1), les droits d'usage et d'habitation s'établissent et se perdent de la même manière que l'usufruit (2) ; par conséquent par acte entre-vifs ou testamentaire.

6. Mais nous ne connaissons aucune disposition législative qui établisse un droit d'usage proprement dit, tel que celui dont nous nous occupons, tandis que la loi établit dans plusieurs cas le droit d'usufruit. (Art. 579, combiné avec les articles 384 et 754.)

Cette observation, qui n'est, au surplus, que de pure doctrine, s'applique également au droit d'habitation : nulle part la loi n'établit elle-même ce droit, tel qu'on le conçoit d'après les règles consacrées dans cette partie du titre que nous expliquons maintenant.

Voudrait-on voir, en effet, un droit d'usage et d'habitation établi par la loi dans cette disposition de l'article 1465, qui accorde à la veuve, soit qu'elle accepte, soit qu'elle renonce, pendant les trois mois et quarante jours qui lui sont donnés pour faire inventaire et délibérer, la faculté de prendre sa nourriture et celle de ses domestiques sur les provisions existantes, et, à défaut, par emprunt au compte de la masse commune, à la charge d'en user modérément ; qui l'affranchit de tout loyer à raison de l'habitation

(1) Code de Hollande, art. 863.

(2) Les Institutes, tit. *de Usu et habit.*, disent aussi : *Iisdem istis modis, quibus ususfructus constituitur, etiam nudus usus constitui solet : iisdemque illis modis finitur, quibus et ususfructus desinit.*

Toutefois, cela n'est pas rigoureusement exact, même dans les principes du droit romain ; car l'usufruit pouvait être constitué par le juge dans les jugements de partage. L. 6, § 1, *de Usufr.*; L. 6, § 1, ff. *Famil. ercis.*; L. 6, § 10, ff. *Comm. divid.*, et rien de semblable quant à l'usage.

De plus, quand l'usage s'éteignait, il retournait toujours à la propriété, et jamais au colégataire : il en était autrement de l'usufruit, ainsi que nous l'avons dit au tome précédent, no 1466.

qu'elle a pu faire, pendant ces délais, dans une maison dépendante de la communauté ou appartenant aux héritiers du mari; et qui veut enfin que, au cas où la maison qu'habitaient les époux à l'époque de la dissolution de la communauté, était tenue par eux à titre de loyer, le prix de la location, pendant ces mêmes délais, soit pris sur la masse? Mais il est évident que c'est là un droit particulier, qui n'a que peu ou point de rapport avec le droit d'usage ou d'habitation proprement dit : c'est une indemnité accordée à la femme pendant que, en faisant l'inventaire, elle fait les affaires communes.

Nous en dirons autant de l'option à elle accordée par l'article 1570 (1), d'exiger, à la mort de son mari, ou les intérêts de sa dot pendant l'an de deuil, ou de se faire fournir des aliments pendant ledit temps aux dépens de la succession du mari, indépendamment, dans les deux cas, de l'habitation durant cette année, qui doit, ainsi que les habits de deuil, lui être fournie sur la succession, sans imputation sur les intérêts à elle dus. Cela ne constitue non plus ni un droit d'usage, ni un droit d'habitation proprement dit, soit que l'on considère la durée de cette jouissance, soit que l'on considère les charges dont l'usager ordinaire est tenu, et dont la veuve est généralement affranchie : notamment en ce qui touche l'obligation de fournir caution, imposée à l'usager par l'article 626 (2), et qui ne saurait être exigée de la veuve, et notamment aussi en ce qui concerne les impôts, auxquels contribue l'usager proprement dit, et dont, selon nous, la veuve n'est point tenue.

7. En second lieu, l'usufruit, suivant ce que nous avons démontré au tome précédent, n° 1515, pour s'acquérir par prescription; et il n'en saurait être indistinctement ainsi aujourd'hui du droit d'usage.

Ce droit est une espèce de servitude : c'est généralement (3) une servitude personnelle en ce que c'est la chose d'autrui qui sert à la personne de l'usager, à la différence de la servitude réelle, dans laquelle c'est le fonds de l'un qui est asservi au fonds de l'autre.

Or, suivant le Code (art. 691) (4), toute servitude discontinue dans son exercice, apparente ou non, ne peut actuellement s'acquérir par prescription, même immémoriale : il faut un titre pour cela. Les auteurs du Code ont pensé, avec raison, que la jouissance ou possession dans les servitudes de cette espèce ne pouvait avoir, d'une manière parfaite, le caractère essentiellement exigé dans toute possession pour pouvoir fonder la prescription : la continuité (art. 2229). Les faits isolés, interrompus, par lesquels on exerce ces sortes de servitudes, leur ont paru porter un caractère équivoque, clandestin, de simple tolérance, ou du moins susceptible d'être souvent tel, et dès lors incompatible avec la nature de la possession pure et parfaite, la seule propre à produire l'acquisition du droit par le moyen de la prescription. Ils ont toutefois respecté les servitudes de cette espèce, déjà acquises de cette manière lors de la publication de la loi sur les servitudes, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de la sorte.

Et comme le droit d'usage qui consisterait dans la faculté de prendre des fruits de telle ou telle espèce dans le champ d'autrui pour ses besoins personnels, de prendre, par exemple, le bois de son chauffage dans la forêt d'autrui, ne peut s'exercer autrement que par une jouissance discontinue, par des actes isolés, plus ou moins répétés, et à des intervalles plus ou moins longs, nous en concluons qu'une telle jouissance ne peut servir de base à la prescription, sans préjudice toutefois de l'usage qui aurait été acquis lors de la publication de la loi sur les servitudes, soit par la prescription trentenaire, soit par la possession immémoriale, dans les pays où il pouvait s'acquérir de cette manière.

Notre décision principale, ainsi que la modification que nous y apportons relativement aux droits déjà acquis par la prescription lors de la publication du Code, nous paraissent confirmées par l'arrêt suivant, que nous trouvons au *Répertoire* de M. Merlin, au mot *Usage*, et dont il n'est pas sans utilité de rapporter l'espèce, telle qu'elle nous est transmise par cet auteur.

« Entre Michel Arnaud, Clément-Médard Ar-

(1) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(2) Code de Hollande, art. 866.

(3) Nous disons *généralement*, parce que quelquefois, comme on le verra plus loin, l'usage est une servitude réelle.

(4) Code de Hollande, art. 746.

thui, la dame Soulanges Poncet, veuve Châlons, et Marie Charlotte-Élisabeth, veuve Grignault, demandeurs en cassation d'un arrêt rendu par la cour d'appel de Bourges, le 12 août 1807, d'une part; François Branchu, et Marie Feuillot sa femme, défendeurs, d'autre part.

« Dans le fait, le 15 thermidor an x, les demandeurs en cassation ont partagé entre eux un bois appelé *les usages de la Gravelle*, qu'ils prétendent être une dépendance exclusive de leurs propriétés.

« Les défendeurs ont prétendu être en possession immémoriale, par eux, leurs locataires ou fermiers, de l'usage et jouissance de ce bois, tant en y coupant leur chauffage qu'en y envoyant pacager librement leurs bestiaux en toute saison : et regardant tant le partage que l'arpentage qui l'a précédé comme une atteinte portée à leurs droits, ils ont, après un essai de conciliation, assigné devant le tribunal civil d'Issoudun, pour voir dire qu'eux, mariés Branchu, seraient maintenus et gardés dans leurs droits et possession immémoriale, notamment depuis trente ans, et qu'il serait fait défense aux demandeurs de les y troubler.

« Arnaud et consorts signifièrent des exceptions par lesquelles, se fondant sur le principe que tout demandeur doit donner copie de ses titres en tête de sa demande, ils conclurent à ce que Branchu et sa femme fussent déclarés non recevables, faute de justification de titres.

« Les Branchu reconnurent qu'ils n'avaient point de titres, mais ils prétendirent que leur possession immémoriale équivalait à un titre, et ils demandèrent à faire la preuve par témoins de cette possession.

« Arnaud et consorts soutenaient, au contraire, qu'ils étaient exclusivement possesseurs du bois dont il s'agit, et ils invoquaient plusieurs titres à l'appui de cette prétention.

« Le tribunal d'Issoudun, pour s'éclairer par la contradiction sur l'influence de ces titres, ordonna d'abord qu'ils seraient communiqués à Branchu et à sa femme.

« Cette communication eut lieu, et les titres communiqués furent ensuite produits devant le tribunal, qui, par un jugement définitif du 21 ventôse an XIII, déclara Branchu et sa femme mal fondés dans leur demande, et leur fit défense de s'immiscer dans les droits d'usage des bois de la Gravelle.

« Branchu et sa femme ont appelé de ce jugement devant la cour d'appel de Bourges; et là ils ont soutenu qu'Arnaud et consorts n'étaient pas propriétaires; qu'ils étaient simples usagers, et qu'à ce titre ils ne pouvaient écarter les effets de la possession immémoriale dans la jouissance des mêmes usages, possession qu'ils ont encore offert de prouver, en se fondant sur les dispositions des coutumes voisines du Berri, auxquelles il fallait, suivant eux, avoir recours, puisque celle du Berri ne s'expliquait pas sur ce point; et réduisant le procès à un combat entre de simples usagers, ils ont demandé à être admis, contre leurs co-usagers, à la preuve de leur possession immémoriale.

« De leur côté, les intimés ont persisté à soutenir qu'ils étaient seuls propriétaires du bois de la Gravelle, et que la preuve offerte par les appelants n'était pas admissible.

« La cour d'appel de Bourges s'est proposé à décider deux questions : 1° Le droit d'usage peut-il être rangé dans la classe des servitudes proprement dites? 2° Branchu et sa femme sont-ils admissibles à établir, par la preuve testimoniale, le droit d'usage qu'ils prétendent dans le bois connu sous le nom d'*usages de la Gravelle?*

« Sur la première question, la cour a considéré que, suivant la définition généralement reçue en droit, la servitude est une redevance, charge ou sujétion imposée sur un héritage, pour l'usage ou l'utilité d'un autre héritage, appartenant à un autre maître, et dont l'exercice ne doit jamais tendre à altérer le fonds de l'héritage asservi; qu'un droit d'usage, au contraire, participe du droit de propriété, en ce qu'il peut, en certains cas, attaquer la substance même de l'objet sur lequel il s'exerce : qu'aussi la plupart des coutumes qui régissaient la France admettaient une distinction entre les servitudes et les droits d'usage, en établissant des règles particulières à l'un et à l'autre droit, distinction nouvellement consacrée par les dispositions du Code civil, liv. II, tit. III et IV, et que par conséquent, les maximes et les principes adoptés en matière de servitude ne sont pas applicables au droit d'usage.

« Elle a considéré, sur la seconde question, que, dans le silence de la coutume du Berri, sur le mode d'établir ou conserver un droit d'usage de la nature de celui dont il s'agissait dans l'es-

pèce, on était forcé de recourir aux coutumes circonvoisines, et de consulter le droit commun; qu'il résultait particulièrement de la coutume du Nivernais, articles 9 et 10, au titre *des Bois et Forêts*, que le droit d'usage s'établissait ou par titres, ou par jouissance accompagnée du payement de redevances, ou par la seule possession immémoriale, et que cette possession était articulée par Branchu et sa femme.

« En conséquence, par arrêt du 12 août 1807, la cour d'appel a autorisé Branchu et sa femme à faire la preuve par eux offerte. »

C'est de cet arrêt que la cassation était demandée.

Les demandeurs prétendaient que la preuve de l'ancienne possession alléguée par les défendeurs n'était pas admissible.

« Le droit d'usage dans les bois, disent-ils, est un droit de servitude. — En qualité de servitude, l'article 691 du Code civil ne permet pas de l'acquérir par la possession, même immémoriale. — Cet article contient bien une exception pour les servitudes acquises dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière ; mais dans le Berri, suivant les art. 1, 2 et 3 du tit. II de la coutume de ce pays, le principe *nulle servitude sans titre* était admis. Ainsi l'exception de l'article 691 du Code civil ne peut s'appliquer à l'ancien ressort de cette coutume, et la cour de Bourges devait se borner à l'application de l'article 688, et de la première partie de l'art. 691 du même Code. Et en supposant la coutume du Berri muette sur les prescriptions en matière de servitude, ce n'était pas à la coutume du Nivernais qu'on devait recourir, mais à la coutume de Paris, qui formait le droit commun de la France, ou plutôt au Code civil.

« Sur quoi, ouï le rapport de M. Borel, et après en avoir délibéré en la chambre du conseil :

« Attendu que l'instance a été introduite antérieurement à la promulgation des titres III et IV du livre II du Code civil ; d'où résulte que les dispositions contenues dans ces titres ne peuvent être invoquées comme applicables à la cause, en les supposant introductives d'un nouveau droit ;

« Attendu que les art. 1, 2 et 3 du titre II de la coutume du Berri sont étrangers aux droits d'usage dans les bois et forêts;

« Attendu que dans le silence de la coutume du Berri, sur les effets et les caractères de la possession en matière d'usage dans les bois et forêts, la cour d'appel de Bourges, qui d'ailleurs n'a rien préjugé à l'égard de ladite possession, a pu recourir aux coutumes voisines, et y puiser des raisons de décider sans violer aucune loi précise ;

« La cour, sans qu'il soit besoin de s'occuper de la fin de non-recevoir proposée par les défendeurs, rejette le pourvoi... »

Il résulte de cette décision trois choses :

1° Que sous le Code, les droits d'usage dont il s'agissait dans l'espèce ne peuvent s'acquérir par prescription; qu'il faudrait pour cela un titre, puisque ce n'est que parce que la cour d'appel a reconnu qu'ils s'acquéraient par la longue possession dans les lieux de la situation des biens, que celle de cassation s'est déterminée à rejeter le pourvoi ;

2° Qu'on a dû maintenir ceux qui étaient déjà acquis par la possession immémoriale lors de la publication de la loi sur les servitudes, parce qu'ils pouvaient s'acquérir dans les lieux de la situation des biens, comme l'a reconnu en fait la cour d'appel ;

3° Et que, pour le décider ainsi, cette cour a pu, dans le silence de la coutume du territoire de la situation des biens, et sans violer aucune loi, recourir aux coutumes voisines, et y puiser les motifs de sa détermination : par conséquent, que si la coutume de la situation eût admis formellement la prescription, l'arrêt de la cour d'appel, qui a toutefois été maintenu, eût été bien plus inattaquable encore.

Mais s'il s'agissait d'un droit exercé par une jouissance ou une possession continue, on devrait décider, comme nous l'avons fait touchant le droit d'usufruit, qu'il peut aussi s'acquérir par prescription, soit de dix à vingt ans, avec titre et bonne foi, soit de trente ans si ces conditions n'étaient pas réunies. Par exemple, que l'on suppose que celui qui a joui comme usager ait été en jouissance et possession du fonds, parce qu'il en absorbait tous les fruits, dans ce cas, sa possession, ou, si l'on veut, sa jouissance, n'a pas différé de celle d'un usufruitier; il a, comme lui, perçu tout l'émolument, supporté toutes les charges, soit relativement aux impôts, soit relativement à la

culture et à l'entretien du fonds (art. 635) (1) : il a eu, comme lui, une possession continue, permanente, une jouissance non interrompue ; à la différence du cas où, n'étant point dans le fonds, il ne fait que prendre ou recevoir de loin en loin les fruits pour ses besoins personnels.

On ne saurait, en effet, mettre sur la même ligne ces deux modes de jouissance : l'un est continu de sa nature, puisqu'il est accompagné de la possession libre de la chose, non pas, il est vrai, à titre de propriétaire, mais à titre d'usager : de même que, dans l'usufruit, l'usufruitier possède à titre d'usufruitier (2) ; l'autre, au contraire, n'étant point accompagné de la possession du fonds est nécessairement discontinu, et ne se manifeste que par des actes isolés, comme dans les servitudes discontinues ; et conséquemment le motif qui a déterminé les auteurs du Code à rejeter l'acquisition de ces servitudes par le mode de la prescription, milite avec la même force pour l'exclure dans les usages où l'usager n'est point en possession du fonds. Mais aussi, en sens inverse, la raison qui a fait admettre la prescription à l'effet d'acquérir l'usufruit, est la même quand il s'agit d'un droit d'usage qui absorbe tous les fruits, et dont on jouit comme on jouirait d'un droit d'usufruit ; car alors la différence entre ces deux droits est plutôt dans les dénominations que dans le fond des choses elles-mêmes (3).

Ainsi, supposez que Paul, qui était en possession d'un jardin appartenant à Jean, m'ait vendu, donné ou légué *l'usage* de ce jardin ; que j'aie été mis en jouissance, en possession, en un mot, par exemple, parce que tous les fruits du fonds étaient nécessaires à mes besoins et à ceux de ma famille : j'ai ainsi joui de ce jardin paisiblement, publiquement, et, après un assez grand nombre d'années, Jean fait juger contre Paul, ou l'héritier de celui-ci, que le jardin lui appartient. Nul doute, selon nous, et d'après les principes qui ont été consacrés par l'arrêt de la cour de cassation, dont nous rapportons la décision au tome précédent, nº 1313, que je ne puisse invoquer avec succès la prescription de dix et vingt ans contre Jean, comme l'a fait, dans l'espèce de l'arrêt, celui qui avait joui comme usufruitier, puisque ma jouissance a réuni tous les caractères de celle de ce dernier.

8. Nous en disons autant du droit d'habitation, quand bien même celui qui l'aurait exercé n'aurait pas occupé toute la maison ; car il a possédé comme usager la partie qu'il a occupée : il en a joui comme l'usufruitier jouit de la chose soumise à l'usufruit, sauf les différences qui peuvent d'ailleurs exister entre l'un et l'autre droit, mais qui ne font rien quant à la question, puisque nous ne considérons rien autre chose, relativement à la prescription, que la nature de la possession, que nous voulons continue, paisible, publique, et pour soi, et qui nous offre ces caractères dans ces divers cas.

La question de prescription doit donc se résoudre par la nature de la jouissance et de la possession de l'objet sur lequel aura été exercé le droit d'usage ou d'habitation. Point d'acquisition du droit sans titre aujourd'hui, si cette jouissance n'a consisté que dans des actes isolés, discontinus; car ils peuvent n'avoir été que le résultat d'une concession précaire, ou d'une usurpation clandestine plus ou moins répétée. Mais on devra pouvoir acquérir le droit par la prescription de dix et vingt ans, avec titre et bonne foi, et même par celle de trente ans, sans titre ou bonne foi, si celui qui a exercé le droit prétendu a joui du fonds comme en jouit un usufruitier, d'une manière continue, permanente, et non par des faits isolés, interrompus ; et, dans toutes les hypothèses sans préjudice encore des droits qui auraient pu être acquis par prescription, lors de la publication de la loi sur *les Servitudes,* dans les pays où ils pouvaient s'acquérir de cette manière.

§ II.

De la nature et de l'étendue du droit d'usage.

9. L'usage est le droit de se servir de la chose d'autrui, mais seulement pour ses besoins journaliers et ceux de sa famille, à la charge d'en conserver la substance (4).

(1) Code de Hollande, art. 876.

(2) *Voyez* tome II, nº 1324.

(3) Sauf ce que nous dirons relativement à la défense imposée par la loi à l'usager de céder et de louer son droit, et sauf en outre les variations que peuvent éprouver les besoins de l'usager.

(4) L. 10, § 1, ff. *de Usu et habit.*

Au lieu que l'usufruit, comme on l'a dit, consiste dans le droit de percevoir tout l'émolument dont la chose est susceptible, et de disposer de cet émolument comme on l'entend. Il y a donc un droit bien plus étendu dans l'usufruit que dans l'usage (1).

10. De cette importante différence entre l'un et l'autre droit résultent plusieurs effets très-différents.

Ainsi, l'usufruit peut s'établir pour partie comme pour le tout : par exemple, je vous lègue la moitié de l'usufruit de mon jardin ; tandis que le droit d'usage, considéré en lui-même, et par abstraction, ne peut être constitué pour partie (2); car étant mesuré sur l'étendue des besoins de la personne, en tant, bien entendu, que la chose peut y subvenir, il est clair qu'il ne remplirait plus sa destination s'il n'était pas entier. Il peut, au reste, recevoir plus ou moins d'étendue par l'acte constitutif (art. 628) (3); mais il n'est pas moins indivisible de sa nature, subsistant à ce titre sur tout le fonds sur lequel il a été imposé ; de même que le droit d'hypothèque, qui grève l'immeuble *totum in toto et in qualibet parte*.

En sens inverse, l'usufruit peut s'éteindre pour partie, puisqu'il consiste dans l'émolument : par exemple, il résidait sur tel fonds, et par l'effet d'une convention postérieure, il est réduit à la moitié sur le même fonds, ce qui ne donnera plus que la moitié des fruits qu'on en retirera. Tandis que l'usage ne saurait s'éteindre pour partie (4), parce que, bien que les besoins de la personne vinssent à diminuer, ce droit en soi resterait toujours entier ; sauf aussi aux intéressés à restreindre, s'ils le jugent à propos, l'étendue de l'objet sur lequel il s'exerçait primitivement, et à déterminer un certain quantum du fonds sur lequel seulement il s'exercera désormais ; mais comme droit d'usage, il n'en subsistera pas moins encore entier sur la partie sur laquelle il doit dorénavant s'exercer.

11. L'usufruit peut être constitué à titre universel, ainsi qu'on l'a vu précédemment (5); mais le droit d'usage n'ayant pas ordinairement pour objet tout l'émolument de la chose, étant, au contraire, limité au besoin de l'usager, il ne saurait être constitué à ce titre, n'importe que l'acte de concession donnât à l'usager le droit de prendre des fruits sur tous les biens ; car il n'en prendra jamais au delà de ses besoins, et c'est là un titre particulier, et non un titre universel.

Cela est bien plus sensible encore à l'égard du droit d'habitation.

12. On a vu aussi (6) que, dans l'usufruit, le droit d'accroissement a lieu dans les cas déterminés par la loi ; et il n'en saurait être ainsi du droit d'usage ; car l'usager ne peut prendre des fruits que pour ses besoins : le surplus reste au propriétaire. Il est sensible néanmoins que dans le cas où le fonds n'en produirait que peu au delà de ce qui est nécessaire à l'usager, il serait utile à celui-ci d'être seul, puisque le concours d'un autre lui en laisserait moins à prendre qu'il ne lui en faudrait ; mais la mort du co-usager n'opérerait pas pour cela un véritable accroissement.

13. Si on léguait à l'un l'usufruit d'un fonds, et à l'autre l'usage du même fonds, il y aurait bien, si l'on veut, concours quant au droit d'usage, parce que ce droit est implicitement compris dans celui d'usufruit (7), mais cependant l'usager n'en devrait pas moins prendre sur les fruits ceux dont il aurait besoin, par préférence à l'usufruitier ; en telle sorte que l'usage pourrait être plus avantageux que l'usufruit : par exemple, si le fonds ne donnait que peu de fruits au delà

(1) Cependant, quand il s'agit de l'usage d'une somme, ce droit est en tout point aussi plein que celui d'usufruit de la même somme, puisque, dans les deux cas, la propriété des deniers passe à celui qui a le droit, et que dans les deux cas aussi il perçoit tout l'émolument. *Voyez* la L. 5, § *ult.*; et la L. 10, § 1, ff. *de Usufr. earum rer. quæ usu consum.*

(2) L. 5, ff. *de Usuf.*; L. 19, ff. *de Usu et habit.*; *ubi Paulus ait : Frui quidem pro parte posse, uti non posse.*

(3) Code de Hollande, art. 867.

(4) Mêmes lois.

(5) Tome II, nos 1293 et 1443.

(6) Tome I, nos 1083 et suiv.; *voyez* aussi nos 1142 et suiv.

(7) Toutefois il en est distinct sous quelques rapports, notamment en ce qu'il ne s'éteint point par la confusion quand les deux droits se réunissent dans la même main. Par exemple, je lègue à celui qui avait déjà un droit d'usage sur mon fonds l'usufruit du même fonds, mais pour prendre fin à telle époque ou à l'arrivée de tel événement : dans ce cas, l'usage, dont l'exercice est assoupi pendant la durée de l'usufruit, s'exercera lors de l'extinction de ce dernier droit, s'il n'est pas lui-même éteint par une cause quelconque; et ce ne sera pas là une renaissance de ce droit d'usage, car il n'a jamais été éteint.

des besoins de l'usager. On doit, en effet, assimiler l'usufruit à un genre, et l'usage à une espèce, parce que c'est comme si tous les fruits du fonds avaient été légués à l'usufruitier, et seulement une certaine quantité à l'usager; or *species generi derogat*. C'est tout comme si j'avais légué à l'un mes chevaux, et à l'autre tel de mes chevaux : il n'y aurait pas concours entre eux quant à ce cheval. La question est décidée en ce sens par la loi 42, *princip.*, ff. *de Usufr.*, par Voet, tit. *de Usu et habit.*; et par les professeurs de Louvain, *Recitationes ad Pandectas*, sur le même titre. Cependant la volonté du disposant serait la première règle à suivre; conséquemment la solution de la question serait subordonnée à l'esprit de l'acte constitutif; mais, dans le doute, le principe ci-dessus devrait être suivi.

14. On peut bien établir un droit d'usufruit au profit de plusieurs personnes successivement, ainsi qu'on l'a vu au tome précédent, n°s 892 et 1302, mais on peut le faire à perpétuité, parce que le droit de propriété deviendrait inutile, et même à charge au propriétaire, tandis que l'on peut, comme on le verra plus bas, constituer un droit d'usage au profit d'un individu et de sa postérité, cas dans lequel l'usage peut n'avoir pas de terme; et la propriété ne sera pas pour cela sans effet, puisque les usagers n'auront toujours droit aux fruits qu'en raison de leurs besoins. C'est une autre différence entre l'usage et l'usufruit.

15. Mais, comme le droit d'usufruit, les droits d'usage et d'habitation sont des droits réels, qui affectent la chose et la grèvent, puisqu'ils sont, comme lui, rangés par le Code au nombre des modifications du droit de propriété; d'où les conséquences suivantes.

1° Ils sont aujourd'hui pleinement constitués par le seul fait de la volonté du constituant, régulièrement exprimée, sans qu'il soit besoin d'une tradition quelconque, d'une entrée en jouissance de l'usager, ou d'une délivrance de fruits. Maintenant la propriété est transférée par le seul effet du consentement des parties (art. 711 et 1138), et les droits d'usage et d'habitation étant, ainsi que nous venons de le dire, des modifications du droit de propriété, par conséquent des droits sur la propriété elle-même, ils se transmettent, par la même raison, comme elle, par l'effet du seul consentement.

2° Et ce qui est, au reste, une suite nécessaire de cette première conséquence, en quelque main que passe le fonds soumis à l'usage, depuis sa constitution, l'usager pourra l'y suivre pour exercer son droit. Tout ce que nous avons dit à cet égard, en parlant de l'usufruit (1), s'applique aux droits d'usage et d'habitation.

16. D'après la loi 8, ff. *de Servitutibus*, la convention *ut pomum decerpere liceat, vel ut spatiari, aut ut cœnare in alieno possimus*, ne constitue point un droit de servitude, puisqu'en effet ce n'est point pour l'utilité d'un fonds qu'elle est faite. Mais un grand nombre de jurisconsultes, cités par Vinnius, sur le titre *de Usufructu*, Instit., et Vinnius lui-même, décident qu'elle produit, au moyen de la quasi-tradition, une servitude personnelle, un droit d'usage irrégulier, qui grève le fonds comme l'usage proprement dit, et qui le suit en quelques mains qu'il passe.

Cujas (24 *observ.*, *cap.* 24) prétend, au contraire, qu'une telle convention n'engendre aucune espèce de servitude, même personnelle, aucun droit d'usage quelconque, mais un simple droit d'obligation, semblable à celui qui naît du contrat de louage; par conséquent que la chose n'est nullement grevée, et que si les héritiers de la partie qui a contracté l'engagement sont obligés, comme de raison, à l'exécuter, les tiers entre les mains desquels a passé le fonds n'en sont point tenus, attendu qu'ils ont reçu le fonds libre, et qu'ils ne sont nullement tenus des obligations personnelles de celui qui le leur a transmis; pas plus, dit-il, que l'acquéreur d'un fonds affermé ne serait, d'après la L. 9, Cod. *de Locato conducto*, obligé d'exécuter le bail passé par le vendeur, si la condition ne lui en avait point été imposée par le contrat de vente (2).

(1) *Voyez* tome II, n°s 1298 et 1323.

(2) Cæpolla, *de Servitutibus*, cap. II, n° 10, décide aussi avec Accurse, Bartole et plusieurs autres anciens docteurs, que la concession dont il s'agit ne constitue qu'un simple droit d'obligation personnelle, qui n'affecte nullement le fonds; et il ajoute que telle est l'opinion commune, ce qui est très-contestable, d'après ce que nous enseigne Vinnius.

Il ne fait même pas exception pour la concession *ut pomum*

En admettant, avec Cujas, qu'une telle convention ne dût être assimilée, dans ses effets à l'égard des tiers détenteurs du fonds, qu'à celle de louage, nous ferons remarquer qu'aujourd'hui la question serait bien moins importante qu'elle ne l'eût été jadis ; puisque, d'après, l'article 1743, le fermier ou le locataire qui a un bail ayant date certaine antérieure à la vente du fonds, ne peut être expulsé par l'acquéreur, à moins que le vendeur n'eût stipulé le contraire dans le bail. Mais elle aurait néanmoins de l'intérêt sous d'autres rapports ; par exemple, si l'on décidait que le droit de prendre des fruits dans tel jardin, *ut pomum decerpere liceat*, est un droit réel, il ne tomberait pas dans la communauté de celui à qui il appartiendrait, attendu que ce serait un droit immobilier : les fruits perçus durant la communauté y entreraient sans doute, mais non le droit lui-même. Si ce n'était, au contraire, qu'un simple droit d'obligation, il y tomberait sans reprise comme droit mobilier, à moins de clause à ce contraire dans le contrat de mariage, ou dans le titre constitutif. (Article 1401.)

Pour nous, nous pensons qu'il faut s'attacher principalement à l'esprit de ce titre ; et pour le découvrir, quand il ne se manifeste pas par les termes, on doit considérer les circonstances particulières de l'affaire dont il s'agit, et voir, d'après cela, s'il est vraisemblable que le constituant a entendu grever la chose même, ou ne conférer qu'un simple *jus ad rem* à l'autre partie.

17. Le droit d'usage se règle par le titre qui l'a établi, et reçoit, d'après ses dispositions, plus ou moins d'étendue. (Art. 628.)

Tel est le principe général de la matière.

Ainsi, s'agit-il d'un droit d'usage sur une terre labourable pour fournir à l'usager le blé dont il a besoin, on peut limiter ce droit à une certaine quantité de mesures, par exemple, à six hectolitres par année, de manière que, lors même qu'il en faudrait une plus grande quantité à l'usager, à raison de l'augmentation survenue dans sa famille, il n'aurait toujours droit que d'en prendre la quantité indiquée au titre.

En sens inverse, l'usager qui, de droit commun, ne peut prendre des fruits que pour ses besoins personnels, ceux de sa famille et des enfants qui lui sont survenus depuis la concession de l'usage (art. 630), pourrait, d'après le titre, être autorisé à en prendre aussi pour les besoins de telle ou telle personne qu'il recevrait chez lui comme commensal ou à titre d'hospitalité. Nous verrons aussi tout à l'heure que l'usager qui, de droit commun, ne peut ni vendre, ni céder, ni louer son droit, pourrait cependant être autorisé par le titre à le faire.

De même, quoiqu'en principe l'usage soit établi pour toute la vie de l'usager, on peut néanmoins le limiter à un certain temps.

18. Si le titre ne s'explique pas sur l'étendue du droit d'usage, l'article 629 (1) porte qu'il se règle ainsi qu'il suit ;

« Celui qui a l'usage des fruits d'un fonds ne « peut en exiger qu'autant qu'il lui en faut pour « ses besoins et ceux de sa famille.

« Il peut en exiger pour les besoins même des « enfants qui lui sont survenus depuis la conces- « sion de l'usage. »

Quand même il n'aurait pas été marié à cette époque (2).

Et comme ces besoins peuvent varier à raison de l'augmentation ou de la diminution qu'éprouve la famille de l'usager, la quantité des fruits, quand elle n'est pas réglée par le titre constitutif, suivra cette même variation : en sorte qu'il en prendra quelquefois plus, quelquefois moins que l'année précédente.

19. On doit entendre ici par *famille* non-seulement le conjoint et les enfants, mais encore les domestiques qui sont nécessaires à l'usager, suivant son état et sa condition. On ne peut pas naturellement supposer qu'il les tient chez lui pour faire une consommation de fruits exorbitante (3).

decerpere liceat, quoiqu'elle participe évidemment du droit d'usage, puisqu'elle tend, dans ses effets, à enlever au propriétaire du verger une partie de l'utilité de son fonds, pour la transporter au concessionnaire ; aussi les raisons qu'il donne à l'appui de son opinion sur ce cas ne nous ont-elles point convaincu.

(1) Code de Hollande, art. 867.

(2) Instit., tit. *de Usu et habit.*

(3) Les Instituts font formellement mention des domestiques, en parlant des personnes pour les besoins desquelles l'usager a le droit de prendre des fruits

On doit aussi y comprendre ses enfants naturels reconnus et habitant avec lui : ils font partie de sa famille, puisqu'il exerce sur eux la puissance paternelle, et que son consentement, en principe, est nécessaire à leur mariage. (Art. 383 et 158) (1).

Nous en dirons autant de l'enfant adoptif ; car il est tellement de la famille de l'adoptant, qu'il lui succédera comme un fils né du mariage, et qu'ils se doivent réciproquement des aliments. (Art. 349 et 350) (2).

Mais les ascendants ne seraient pas, dans le sens de la loi sur le droit d'usage, censés faire partie de la famille de l'usager, encore qu'il leur dût des aliments. On entend, en effet, ici par *famille* celle dont il est le chef.

Les gendres ne devraient pas non plus compter, lors même qu'ils habiteraient avec l'usager : ils sont eux-mêmes chefs de famille. A plus forte raison les parents collatéraux, même les frères et sœurs, et les neveux et nièces, ne devraient point compter dans le nombre des personnes pour les besoins desquelles l'usager a droit aux fruits ; sauf l'effet d'une disposition particulière dans le titre constitutif.

20. Comme la faculté de prendre des fruits est mesurée sur les besoins de l'usager et de sa famille, il s'ensuit que celui-ci ne peut vendre, céder, ni louer son droit à un autre (art. 631) (3) ; car les besoins de ce dernier pourraient être plus étendus que ceux de l'usager.

Plusieurs interprètes du droit romain (4) en donnent encore une autre raison. Selon eux, l'usager ne rend pas, comme l'usufruitier, les fruits siens par la seule perception qu'il en fait ; il faut, de plus, qu'il les consomme : tellement, disent-ils, que s'il mourait après les avoir détachés de la terre, cas dans lequel ils appartiendraient à l'usufruitier et se transmettraient à ses héritiers, ceux de l'usager n'y auraient aucun droit. Or, ajoutent-ils, en louant ou cédant le droit d'usage, l'usager conférerait à un autre la faculté de consommer des fruits qui ne lui appartiennent pas encore, puisqu'ils ne lui appartiendront définitivement que par la consommation qu'il en fera. Nous reviendrons tout à l'heure sur ce point.

21. Voet (5) décide même que l'usager ne peut céder ni louer son droit, encore qu'à raison du peu d'étendue du fonds, il dût en absorber tous les fruits (6) ; et quoique, dit-il, l'usage, dans ce cas, diffère peu de l'usufruit, puisqu'il ne reste non plus aucun produit au propriétaire, il en diffère encore néanmoins sous ce rapport. L'article 635 suppose bien, en effet, le cas où l'usager absorberait tous les fruits du fonds ; et cependant les auteurs du Code n'en ont pas moins établi, sans distinction, qu'il ne peut ni céder ni louer son droit à un autre. Dans les simples baux à ferme ou à loyer, la faculté de sous-louer peut être interdite pour le tout ou partie, et cette clause est toujours de rigueur (art. 1717) (7), or c'est la loi qui la stipule en matière d'usage.

D'ailleurs, si l'usager absorbe aujourd'hui tous les fruits du fonds, demain il n'en aura peut-être pas besoin intégralement. Ajoutez enfin que, dans le système contraire, pour être conséquent, il faudrait également décider, quelle que fût l'étendue du fonds, que l'usager peut se substituer quelqu'un, pourvu que celui-ci ne prît pas plus de fruits qu'il n'en aurait pris lui-même ; car alors le propriétaire serait également sans intérêt à se plaindre ; mais qui ne voit que cela ferait presque toujours naître une foule de difficultés dans une matière qui en est déjà hérissée ? Cette considération, jointe aux précédentes, nous fait donc décider, avec le texte formel de la loi, que, de droit commun, l'usage ne peut jamais être cédé ni loué sans l'assentiment du propriétaire.

22. Et puisqu'il ne peut être ni cédé ni loué, qu'il est inhérent à la personne de l'usager, il s'ensuit aussi qu'il ne peut non plus être saisi sur lui, car la saisie amènerait la vente, qui est interdite.

23. Par la même raison, il ne peut être hypothéqué, quoique, lorsqu'il réside sur un immeuble (8), ce soit réellement un droit immobi-

(1) Code de Hollande, art. 361, 97 et 104.

(2) Dispositions supprimées dans le Code de Hollande.

(3) Code de Hollande, art. 870.

(4) *Voyez* les professeurs de Louvain, *Recit. ad Pandectas*, tit. *de Usu et habit.*, § 2.

(5) Tit. *de Usu et habit.*, n° 3.

(6) Cette décision est combattue par plusieurs auteurs.

(7) Code de Hollande, art. 1595.

(8) Nous ne voyons guère dans nos mœurs de droits d'usage proprement dits sur des meubles, mais il peut s'en présenter, et ils

lier. Aussi l'article 2118 ne le range-t-il point au nombre des biens qui sont seuls susceptibles d'hypothèque. En un mot, il ne présenterait qu'un simulacre de gage au créancier qui le recevrait à hypothèque, puisque celui-ci ne pourrait le faire vendre pour être payé sur son produit par préférence aux autres créanciers, seul effet de l'hypothèque.

24. Nous avons raisonné jusqu'ici dans les termes du droit commun, c'est-à-dire sur les cas où le titre constitutif ne s'explique point sur l'étendue des droits de l'usager; mais, d'après la combinaison des articles 629 et 631 avec l'article 628, qui porte que ces droits se règlent par le titre qui les a établis, et reçoivent, d'après ses dispositions, plus ou moins d'étendue, il nous paraît évident que si ce titre autorisait l'usager à vendre, céder ou louer son droit, celui-ci pourrait par conséquent le faire. Cette clause n'ayant rien de contraire à l'ordre public devrait être respectée comme toute autre convention licite.

Vainement dirait-on qu'elle est contraire à la nature du droit d'usage, parce que les besoins de l'un ne sont pas mesurés sur ceux de l'autre, car, puisque les parties pouvaient établir un droit d'usufruit, qui aurait comporté la faculté dont on vient de parler, elles ont bien pu constituer un droit d'usage, généralement moins étendu, avec cette même faculté : qui peut le plus peut le moins. Elles sont censées avoir traité en conséquence. Aussi Voet, après avoir établi en principe que l'usager ne peut céder ni louer son droit, même dans le cas où il absorbe tous les fruits du fonds, porte-t-il une décision contraire quand le titre constitutif lui accorde cette faculté. Il suffit même, selon lui, que la volonté du constituant à cet effet puisse être présumée telle : *Ut tamen permissa locatio sit, si vel hæc videatur fuisse mens concedentis usum, vel forte aliter inutilis usuario usus esset*... (1).

Tout ce qu'il y a à dire sur ce point, c'est que si l'usager cédait son droit à une personne dont les besoins, à raison de la composition de sa famille, seraient bien plus considérables que ne le seraient les siens propres, dont la jouissance, en un mot, serait plus onéreuse au propriétaire, on pourrait voir dans cette cession un abus de jouissance qui donnerait lieu à une fixation de fruits plus modérée. Ce serait une interprétation de contrat, ou de disposition testamentaire, et la question se résoudrait d'après l'esprit de la clause qui a soustrait, quant à ce point, l'usage ainsi établi à l'application des règles du droit commun.

La clause dont il s'agit pourra se rencontrer volontiers dans les constitutions d'usage sur un fonds dont la totalité des fruits serait nécessaire à l'usager, parce qu'alors il diffère peu de l'usufruit. Elle se rencontrera même plus souvent encore dans les constitutions du droit d'habitation, encore que celui au profit duquel il sera établi n'ait pas besoin de toute la maison, ou ne doive, d'après le titre, en occuper qu'une partie désignée. Dans ce dernier cas, il s'élèvera même moins de difficultés que dans le premier, sur l'étendue de jouissance de la personne que l'usager se sera substituée, par la raison que la sienne était moins variable que dans l'usage des fruits d'un fonds.

Et puisque l'usager, lorsque le titre constitutif le lui permet, peut céder et transporter son droit à un autre, nous devons décider, pour être conséquent, qu'on peut le saisir sur lui, attendu que la seule cause d'insaisissabilité, l'inaliénabilité, n'existe pas dans ce cas.

Dans cette hypothèse, il peut également, selon nous, l'hypothéquer, parce que si l'article 2118, en expliquant quels sont les biens susceptibles d'hypothèque, parle d'usufruit, et se tait sur le droit d'usage, c'est par le seul motif que ce droit est de sa nature inaliénable; mais quand au contraire il est aliénable par l'effet du titre constitutif, alors il participe, sous ce rapport, ainsi que sous plusieurs autres, du droit d'usufruit : il est, comme lui, un droit réel immobilier, étant établi sur un immeuble; et la raison qui a fait admettre que l'un est susceptible d'être hypothéqué, veut la même décision à l'égard de l'autre.

25. Mais de ce que, en l'absence de toute disposition contraire dans le titre constitutif de l'usage, l'usager ne peut ni céder ni louer son

étaient très-fréquents dans le droit romain, comme on peut le voir aux INSTIT. de Justinien, à ce titre, où il est question du droit d'usage sur des esclaves, sur un troupeau, et même sur un seul animal.

(1) *Voyez* aussi la L. 12, § 4, ff. *de Usu et habit.*

droit à un autre, s'ensuit-il qu'il ne peut non plus, lorsqu'il a perçu les fruits dont il a besoin, ou qu'ils lui ont été délivrés par le propriétaire, les vendre ou les donner.

Suivant plusieurs auteurs, l'usager est devenu propriétaire des fruits par la perception qu'il en a faite ou la délivrance qu'il en a obtenue. En ce point, ces jurisconsultes assimilent la nature du droit d'usage à la nature du droit d'usufruit. Ils citent à l'appui de leur sentiment la loi 22, ff. *de Usu et habit.*, où il est dit: *Divus Hadrianus, cum quibusdam usus sylvæ legatus esset, statuit fructum quoque eis legatum videri : quia, nisi liceret legatariis cædere sylvam, et vendere, quemadmodum usufructuariis licet, nihil habituri essent ex eo legato.*

De ce texte particulier, qui statue sur l'usage d'une forêt, et qui l'assimile, quant à la faculté de vendre les produits, à l'usufruit, ces auteurs ont inféré, en thèse générale, que l'usager peut vendre les fruits une fois qu'ils sont détachés (1); ils ont même été plus loin encore, ils ont décidé que l'usager d'une forêt peut céder son droit.

Mais il est évident que cette loi ne statue que sur un cas particulier (2), ainsi résolu parce que la volonté du disposant n'aurait pu être exécutée si les usagers n'avaient eu la faculté de vendre le produit du droit d'usage, la forêt étant peut-être tellement éloignée de leur demeure, qu'il eût mieux valu pour eux acheter du bois que de faire transporter celui de la forêt elle-même.

Cela est démontré, observe très-bien Voet (3), par les dernières expressions de la loi ; car comment pourrait-on dire, hors cette circonstance ou autre semblable, qu'un pareil droit d'usage serait inutile à l'usager, parce que celui-ci n'aurait pas la faculté de le céder ou de vendre le bois ? Ne serait-ce donc rien, en effet, que d'en pouvoir prendre pour ses besoins journaliers, chose en quoi consiste spécialement le droit d'usage ? Aussi ce judicieux auteur restreint-il, avec Jean Fabre, l'application de cette loi 22, au cas où la forêt usagère est tellement éloignée du domicile de l'usager, que, sans la faculté de pouvoir louer le droit ou disposer du bois, il ne retirerait aucun avantage de l'usage. Ce texte ne renferme donc réellement qu'une décision sur une interprétation de volonté du disposant, et non la consécration d'un principe.

On peut ajouter que le but de l'usage n'est pas, comme celui de l'usufruit, de procurer à l'usager un avantage autre que celui qui consiste dans la satisfaction de ses besoins journaliers, et que dès qu'il n'emploie pas les fruits à son usage particulier, mais les vend ou en dispose d'une autre manière, ce but est manqué ; que c'est agir contre la nature de ce droit, quand le titre constitutif, ou l'intention bien évidente du disposant, ne le permet pas (4).

On trouve au *Répertoire* de M. Merlin, au mot *Usage* (*droit d'*), sect. 2, § 5, un arrêt du parlement de Grenoble, du 17 décembre 1782, qui a même poussé l'application de ces principes, selon nous, jusqu'à la rigueur. Un usager de la forêt de Mongard, appartenant à la communauté, après avoir, avec la permission de la maîtrise, coupé dans la forêt une certaine quantité de pieds d'arbres, dont il avait besoin pour réparer ses bâtiments, les avait échangés contre d'autres, bien mieux à sa portée. Cet arrêt le condamna à en payer la valeur aux propriétaires, avec dépens et dommages-intérêts. En vain donnait-il pour excuse que l'éloignement de la forêt usagère, et l'extrême difficulté des chemins, rendaient pour lui, à cause des frais de transport, le bois coupé sans aucune valeur réelle ; il n'en fut pas moins condamné, sur l'unique fondement que le bois qu'il avait eu le droit de couper ne devait pas servir à autre chose qu'à la réparation de ses bâtiments. On s'est évidemment écarté, dans ce cas, du tempérament équitable apporté aux principes par la loi 22, citée plus haut. Mais cet arrêt est une preuve que ces mêmes principes ont été confirmés par la jurisprudence, et que,

(1) Vinnius dit, en effet, sur le tit. *de Usufr. et hab.*, que Connanus et Wesembecius estiment que, en général, on ne doit pas s'opposer à ce que l'usager vende ou donne les fruits qu'il a perçus et recueillis pour son usage particulier.

(2) Tel est le sentiment commun des docteurs. Vinnius, au même endroit.

(3) Tit. *de Usu et habit.*, n° 3.

(4) La L. 12, § 4, ff. *de Usu et habit.*, nous offre l'exemple d'un cas où la volonté du constituant a été évidemment que l'usager pût louer la chose grevée de l'usage ; c'est lorsque quelqu'un a légué à un cocher ou loueur de chevaux, connaissant sa profession, l'usage de certains chevaux : le testateur, dit le jurisconsulte, a eu en vue la profession du légataire, et a voulu que le droit qu'il lui conférait contribuât à l'exercice de son métier. Cette décision est parfaitement juste.

en thèse générale, l'usager n'a pas le droit de disposer des fruits autrement que pour sa consommation personnelle, puisqu'il prouverait par là qu'il n'en aurait réellement pas besoin. Et d'ailleurs cela pourrait donner lieu à des fraudes dans beaucoup de cas, surtout dans les usages sur les bois et forêts (1).

26. Vinnius regarde aussi la consommation des fruits comme tellement nécessaire pour que l'usage soit pleinement exercé, qu'il décide que, dans le cas où l'usager meurt dans le courant de l'année, sans avoir absorbé sa provision, ce qui en reste n'appartient point à ses héritiers, *quia usuarius fructus, quos decerpsit aut collegit, neque suos facit, aut perceptione dominium eorum acquirit, quod tribuitur fructuario : sed tantum jus iis modice utendi habet.*

Dans notre législation on ne suivrait probablement pas cette dernière décision : elle est trop rigoureuse. On ne la suivrait certainement pas si les héritiers de l'usager étaient ses enfants habitant avec lui : mais elle est une preuve de la justesse de notre opinion, que l'usager n'a pas le droit de disposer des fruits autrement que pour ses besoins et ceux de sa famille, sauf disposition contraire résultant des termes ou de l'esprit du titre constitutif.

27. Cette matière offre un autre point susceptible de difficulté, quand l'acte constitutif ne s'en explique pas, ce qui peut se présenter fréquemment dans les constitutions d'usage faites par legs; nous voulons parler du point de savoir si l'usager a le droit de jouir par lui-même, de se mettre en possession du fonds, de prendre et percevoir lui-même les fruits dont il a besoin, ou s'il doit seulement les recevoir des mains du propriétaire, ou obtenir de lui, à chaque perception, l'autorisation de la faire.

L'article 630 porte que celui qui a l'usage des fruits d'un fonds ne peut en exiger qu'autant qu'il lui en faut pour ses besoins et ceux de sa famille. Or le sens du mot *exiger* n'est pas le même que celui de *prendre* : suivant le premier de ces termes, l'usager recevrait les fruits auxquels il a droit, tandis que, selon le second, il se servirait par ses mains, il cultiverait lui-même ; il serait, en un mot, en possession, autant qu'on peut l'être d'une chose incorporelle.

De plus, l'article 635 porte que si l'usager ne prend qu'une partie des fruits, il *contribue* au prorata aux frais de culture, aux réparations d'entretien et au payement des contributions; ce qui indique que ce n'est pas lui qui fait ces frais de culture, qui cultive lui-même, puisque autrement ce serait au propriétaire à *contribuer* au payement de ces mêmes frais.

Mais, d'autre part, ce même article se sert de ces expressions : « Si l'usager ne PREND qu'une « partie des fruits, etc. » ; il *prend* donc, et ne *reçoit* pas seulement.

D'ailleurs, suivant l'article 626, on ne peut, quant à l'usage, comme quant à l'usufruit, en jouir sans donner préalablement caution, et sans faire des états et inventaires : or chacun sent le peu d'importance qu'aurait ce cautionnement, et surtout ces états ou inventaires, si l'usager ne devait pas cultiver le fonds, y demeurer en quelque sorte, le posséder à titre d'usager. Ils ne sont prescrits que pour constater l'état des lieux, et servir à fixer les dommages-intérêts en cas de dégradation de la part de l'usager, qui évidemment n'est point en position d'en commettre plus qu'un autre, s'il ne jouit pas par lui-même du fonds, s'il n'est pas mis en possession réelle.

Le droit romain lui permet, d'une manière générale, de demeurer dans le fonds, pourvu qu'il ne soit pas trop incommode au propriétaire, ni un obstacle à ce que les ouvriers le cultivent (2). Il jouit même seul des celliers et autres bâtiments destinés à la conservation des fruits : tellement que le propriétaire n'en jouit pas malgré lui (3). Il a même seul aussi le droit d'aller et de venir dans les lieux destinés à la conservation des fruits (4). Bien mieux, il peut, en vertu de son droit, occuper la métairie, et même empêcher le maître d'y venir (5) : seulement il est

(1) C'est dans la vue de les prévenir que le nouveau Code forestier défend à tous usagers dans les bois et forêts, indistinctement, de pouvoir disposer du bois qui leur a été *délivré*, si ce n'est selon la destination de l'usage. Nous reviendrons sur ce point au chapitre suivant.

(2) *In eo quoque fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque iis per quos opera rustica fiunt, impedimento.* § 1, INSTIT. *de Usu et habit.*

(3) L. 10, *in fin.* ff. *de Usu et habit.*

(4) L. 12, § 1, *eod. tit.*

(5) *Sed villam jure suo occupabit, et dominum illo venire prohibere poterit.* Vinnius, sur le § 1, INSTIT., *hoc tit.*, n° 3.

obligé de souffrir que le colon et les personnes nécessaires à la culture l'habitent ; de même, il ne peut empêcher que le propriétaire n'y vienne pour percevoir les fruits, et y habite pendant la saison de la récolte (1). Tel est le sens, d'après Vinnius, du passage des *Institutes* qui permet à l'usager de demeurer dans le fonds, par conséquent de le posséder, de le cultiver par lui-même, pourvu qu'il ne soit pas par trop incommode au propriétaire, ni un obstacle aux cultivateurs du fonds à ce qu'ils le cultivent.

L'insuffisance du Code civil sur ce point ne saurait, selon nous, être suppléée, dans tous les cas, par les diverses dispositions des lois romaines, ni par les opinions plus ou moins concordantes des anciens auteurs qui ont cherché à les prendre pour règle de leurs décisions; mais nous pensons que, dans le cas où l'usager, à raison de ses besoins et de ceux de sa famille, absorberait la totalité ou presque totalité des fruits du fonds, il pourrait, en l'absence de toute clause contraire dans le titre constitutif, en jouir par lui-même, le cultiver suivant sa nature de produits, à la charge de fournir la caution et de faire les états et inventaires dont parle l'article 626, et de remettre au propriétaire le surplus des fruits, s'il ne les absorbait pas en totalité. Dans cette dernière hypothèse, ce serait le propriétaire qui contribuerait aux frais de culture, impôts et réparations d'entretien.

Que si, au contraire, l'usager n'avait besoin que de la moindre partie des fruits, il n'aurait pas le droit de se mettre en jouissance directe du fonds et de le cultiver par lui-même : il n'aurait que celui d'*exiger* la quantité de fruits qui lui serait nécessaire, d'obliger pour cela le propriétaire à le cultiver, si mieux n'aimait celui-ci le lui laisser cultiver lui-même ; dans l'hypothèse contraire, l'usager devrait également fournir caution pour sûreté du payement de sa part contributoire dans les impenses annuelles; mais nous ne voyons pas l'utilité qu'il y aurait à l'obliger de faire des états et inventaires.

Toutes ces difficultés seront ordinairement prévenues par le titre constitutif dans les constitutions d'usage par acte entre-vifs; mais, nous le répétons, dans celles faites par testament, le disposant négligera souvent de s'en expliquer. En pareil cas, les décisions que nous venons de donner peuvent être adoptées sans inconvénient, sauf à les modifier suivant les circonstances particulières.

28. Non-seulement l'usage peut être établi au profit d'un seul, ou de plusieurs simultanément, mais il peut l'être aussi au profit de plusieurs successivement : par exemple, au profit de Paul et de ses enfants.

Dans ce cas, il est progressif dans ses effets ; en sorte, comme l'observe très-bien M. Proudhon (2), que chaque enfant de l'usager en titre aura lui-même, après la mort de celui-ci, un droit d'usage pour lui et sa famille; mais du vivant du père il ne jouirait que de l'usage appartenant à celui-ci, et comme membre de sa famille. C'est un droit successif, et non cumulatif, à moins que le contraire ne résultât de l'esprit du titre constitutif.

Une telle constitution, faite par testament ou par institution contractuelle, dit encore le même auteur, aurait de plus cet avantage pour les enfants de l'usager en titre, que s'il venait à mourir avant le disposant, c'est-à-dire avant l'ouverture du droit, l'usage leur appartiendrait comme à des substitués *vulgairement*, s'ils réunissaient d'ailleurs les conditions requises pour pouvoir le recueillir. Au lieu que dans une constitution simplement faite au profit d'un individu, celui-ci aurait bien sans doute la faculté de prendre des fruits pour ses enfants comme pour lui, si le droit s'ouvrait en sa personne, mais s'il mourait avant le disposant, le droit ne s'étant jamais ouvert en lui, ses enfants n'y pourraient rien prétendre.

29. M. Proudhon décide que, par le mot *enfants*, on doit simplement entendre ceux du premier degré, parce que l'interprétation du titre doit plutôt se faire pour borner que pour étendre la servitude, d'autant mieux que l'usage n'étant pas transmissible de sa nature, c'est un motif de plus pour ne pas lui donner des effets extraordinaires. Nous partageons cette opinion, en faisant observer que, puisqu'il s'agit d'une question d'interprétation, il importe peu que le mot *enfants*

(1) L. 10, § *ult.*; et L. 12 *in princip.*

(2) Tome VI, page 514.

se prenne ordinairement dans les actes, comme dans les lois, pour tous les descendants indistinctement.

30. Il en serait autrement de l'usage établi au profit d'une personne et de ses descendants, ou de sa postérité, ou de ses enfants, à perpétuité : l'intention de l'établir au profit de toute la descendance serait manifeste. Chacun d'eux en jouirait *ordine successivo*, c'est-à-dire après la mort de son chef direct et immédiat.

31. Quand un droit d'usage est ainsi constitué au profit d'un individu et de ses enfants ou descendants, on doit distinguer (1) entre le cas où la constitution a lieu par donation entre-vifs ou par testament, et le cas où elle est à titre onéreux.

Dans le premier, l'usage ne peut avoir lieu qu'au profit des enfants ou descendants de l'usager qui se trouvaient déjà conçus au moment de la donation ou du décès du testateur ; puisqu'il ne pouvait recueillir la libéralité en leur nom que sous cette condition (art. 906), leur vocation à l'usage y était subordonnée. Ceux donc qui n'auraient été conçus que depuis cette époque, ne pourraient jouir de l'usage que comme membres de la famille de celui en la personne duquel il se serait ouvert, mais non comme appelés par le titre à en jouir de leur chef.

Dans le second cas, l'usage sera valablement stipulé pour les enfants ou descendants indistinctement, attendu que nous stipulons pour nos héritiers comme pour nous-mêmes (art. 1122), qu'ils soient ou non conçus au moment de la stipulation, et attendu que l'héritier de notre héritier est aussi notre héritier (2).

M. Proudhon ne fait pas cette distinction, qui nous paraît cependant fondée sur les vrais principes.

32. Cet auteur se demande ce qu'on doit entendre par *famille* dans une constitution d'usage au profit d'un individu et de sa famille.

Il distingue entre le cas où le mot *famille* se trouve employé seul et sans autre désignation, et celui où il y a, en outre, dans la disposition, des termes indiquant que le constituant a voulu étendre l'usage même aux générations à venir de l'usager.

Quand, dans la disposition, dit-il, le mot *famille* se trouve employé seul, et sans autre désignation, le droit d'usage ne doit être acquis qu'aux personnes qui composent actuellement la famille du premier usager, lorsque le droit s'ouvre à son profit. Quand on parle de la famille de quelqu'un, ce mot n'étant pris qu'au singulier, il ne serait pas naturel, ajoute-t-il, d'en étendre l'application à toutes les familles qui peuvent naître de cette première famille, par la succession de toutes les générations futures.

Mais, continue le même auteur, s'il était démontré, au vu de la disposition, que, par quelques termes ajoutés au mot *famille*, le testateur a eu en vue toute la postérité du premier légataire, il faudrait bien se conformer à ses intentions, puisque sa volonté ferait la loi.

Nous adoptons cette décision, toutefois avec le tempérament résultant de la distinction que nous venons d'établir entre les constitutions à titre gratuit et les constitutions à titre onéreux, ne pensant pas que, dans les premières, et d'après les principes du Code civil, qui prohibe les substitutions, du moins en général, ceux des enfants ou descendants du donataire ou légataire, non conçus à l'époque de la donation ou du décès du testateur, puissent jamais se prétendre utilement appelés par le titre. M. Proudhon convient lui-même que les enfants et descendants du premier légataire recueillent le droit *ordine successivo :* ils sont donc, d'après cela, de véritables appelés à la disposition : or, sauf les cas de substitution permise, pour lesquels nous faisons sans doute exception à notre règle, pour recevoir par donation entre-vifs ou par testament il faut être conçu au moment de la donation ou du décès du testateur.

On ne peut nier, en effet, que par la mort de l'usager en titre, son droit ne soit éteint. Si son fils est appelé à l'usage, ce n'est pas celui qu'avait son père qui lui est transmis, c'est un autre droit qui naît en sa personne, puisque le premier étant éteint ne pouvait passer à un autre (3). La

(1) Comme nous l'avons fait au tome précédent, nos 892 et 1302, relativement à une constitution d'usufruit établie de la même manière.

(2) L. 14, Code *de Usufr.*

(3) *Voyez* Voet, tit. *quib. Mod. ususfr. amitt.*, no 1, et ce qui a été dit tome précédent, no 1302.

loi 38, § 12, ff. *de Verb. oblig.*, consacre clairement ces principes, en décidant que, dans le cas où je stipule un droit d'usufruit pour moi et pour mon héritier, il y aura deux usufruits; et il en doit être de même du cas où il s'agit d'un droit d'usage.

33. Les auteurs reconnaissent deux espèces de droits d'usage : l'un, servitude personnelle, l'autre, servitude réelle.

Ce dernier est établi en considération d'une métairie ou tout autre siége d'exploitation d'immeubles, par exemple le droit de pacage, ou de prendre du bois sur le fonds d'autrui pour l'usage de telle métairie (1).

Mais ce dernier est une véritable servitude : nous en développerons les règles avec plus d'étendue au titre suivant.

Nous ferons seulement observer, quant à présent, que celles que nous exposons sur l'usage proprement dit ne sauraient être appliquées à l'usage servitude réelle qu'avec d'importantes distinctions.

Ainsi, par exemple, de droit commun, l'usage proprement dit, l'usage servitude personnelle, ne peut être ni cédé ni loué, tandis que l'usage servitude réelle peut être loué ou aliéné, par la location ou l'aliénation du fonds au profit duquel il est établi.

Ainsi encore, l'usage servitude personnelle s'éteint par la mort de l'usager, tandis que l'usage servitude réelle ne prend pas fin par cette cause.

Il importe beaucoup, d'après cela, de distinguer soigneusement ces deux espèces d'usages, et de voir quand celui qui a été constitué l'a été comme servitude personnelle, ou bien comme servitude réelle.

34. D'abord, il est clair que si le titre n'établit la concession qu'au profit d'une personne désignée nommément, sans relation avec un fonds de terre, ce ne sera qu'un droit purement personnel, qui s'éteindra par le décès de l'usager, et qui, en principe, ne sera point cessible : *Si tamen testator demonstravit personam, cui servitutem pecoris præstari voluit, emptori vel hæredi non eadem præstabitur servitus.* L. 4, ff. *de Servit. præd. rustic.*

Au contraire, la concession d'un droit de pacage ou de mener boire un troupeau à tel étang, paraît plutôt faite en considération du fonds où est ce troupeau, qu'en considération de la personne du maître du fonds, surtout quand son revenu consiste principalement dans le produit du troupeau : *Pecoris pascendi servitutes, item ad aquam appellendi, si prædii fructus maxime in pecore consistit, prædii magis quam personæ videtur.* Même loi.

Quand, dit M. Proudhon (2), la concession est faite d'un droit d'usage à un individu, pour lui et ses descendants, sans en rattacher l'exercice à aucune habitation particulière et désignée, ni à aucune exploitation rurale, pour accorder plus d'aisance à l'habitant ou au cultivateur, ce n'est toujours qu'un droit d'usage servitude personnelle qui a été établi; mais il doit durer autant que la postérité du premier usager, sauf néanmoins les autres causes par lesquelles il peut prendre fin, comme, par exemple, le non-usage pendant trente ans.

Mais si le droit a été concédé à quelqu'un tant pour lui que pour *ses successeurs dans la possession* de telle métairie ou de tel fonds, ou tant pour lui que pour *ses ayants cause*, il aura, dit aussi le même auteur (3), la nature de la servitude réelle activement inhérente au fonds possédé par le premier concessionnaire; conséquemment le droit est perpétuel de sa nature, et il passe aux acquéreurs du fonds du premier concessionnaire, parce que les expressions *successeurs* et *ayants cause* s'appliquent également à tous ceux qui succèdent dans la possession des choses qui nous appartiennent.

L'une des marques les plus visibles de la réalité du droit d'usage s'aperçoit donc dans l'espèce ou la nature des émoluments qui en sont l'objet. Le droit de faire paître son bétail se rapporte, en effet, directement à l'utilité des fonds pour la culture desquels ce bétail est employé, soit comme agent de labourage, soit comme moyen de produit. Mais s'il s'agissait, par exemple, du

(1) On regarde aussi comme usage servitude réelle le droit établi au profit d'une forge, de prendre du bois ou du charbon de terre dans tel fonds, pour son exploitation; le droit établi au profit d'un fonds, de prendre dans un autre de la craie, de la marne, du sable, etc., pour l'utilité de ce fonds.

(2) Tome VI, page 540 et suiv.

(3) *Ibid.*

pâturage d'une ou plusieurs vaches tenues par un individu qui n'aurait point de fonds de terre, comme on le voit souvent dans les petites villes, et même dans les campagnes, où des individus entretiennent une ou plusieurs vaches pour avoir toujours du laitage à leur disposition, il ne serait pas vrai de dire alors que le droit de mener paître ces animaux dans le fonds d'autrui a été établi pour l'utilité d'un fonds, et constitue un usage servitude réelle.

Il est sensible encore, ajoute M. Proudhon, que le droit de prendre dans une forêt des arbres futaies propres à la bâtisse des maisons, se rapporte aussi directement à l'utilité des édifices qui peuvent appartenir aux concessionnaires de ce droit; et en conséquence, dans ce cas et autres semblables, le droit doit être présumé réel chaque fois qu'il n'est pas évident, à vue du titre constitutif, qu'on n'a voulu accorder au concessionnaire qu'un simple droit personnel, un véritable usage.

Les lois romaines exigent, pour qu'il y ait servitude réelle, une condition dont l'absence peut lever les doutes dans beaucoup de cas; nous voulons parler de l'existence d'un fonds voisin au profit duquel doit être établi le droit pour qu'il constitue une véritable servitude réelle. *Neratius ex Plautio ait: Nec haustum pecoris, nec adpulsum, nec cretæ eximendæ calcisque coquendæ, jus posse in alieno esse, nisi fundum* (1) *vicinum habeat: et hoc Proculum et Atilicinum existimasse ait.* L. 5, § 1, ff. *de Servit. præd. rust.*

La conséquence qu'on a tirée de ce principe, c'est que la servitude ne peut pas s'étendre au delà de l'utilité qu'elle procure à l'héritage en faveur duquel elle est établie. Ainsi, dit le même Nératius dans la loi précitée: *Ut maxime calcis coquendæ et cretæ eximendæ servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit.*

La loi suivante offre un exemple remarquable de l'application du même principe. Elle suppose qu'un individu a dans son fonds de la terre propre à la fabrication de la poterie et de la tuile; et elle décide que si l'on a concédé à un tiers le droit d'y en venir prendre pour en faire commerce, ce ne sera pas une servitude réelle, une servitude prédiale, mais un droit d'usufruit, c'est-à-dire, comme l'observe Godefroy, dans ses notes sur cette loi, *jus quoddam personale.*

Ainsi, la faculté concédée à quelqu'un de prendre de la terre pour faire de la poterie ou de la tuile, ou de prendre de la pierre pour faire de la chaux, comme objet de commerce, ne constituerait, suivant cette loi, qu'un simple droit personnel, une espèce d'usage irrégulier, conséquemment non transmissible, à la différence du cas où les vases seraient destinés à contenir les vins d'un fonds, la tuile et la chaux à en entretenir les bâtiments, cas dans lequel ce serait une servitude réelle.

Cependant nous pensons, en ne nous attachant pas rigoureusement à la pureté des principes du droit romain, qu'il y aurait servitude réelle, avec tous ses effets, dans la concession que le propriétaire d'un fonds ferait au propriétaire d'une tuilerie voisine, ou d'un four à chaux voisin, du droit de prendre chez lui l'argile ou la pierre calcaire dont ce dernier aurait besoin pour l'exploitation de sa tuilerie ou de son four à chaux.

Il est vrai que, dans ce cas, la concession serait faite aussi bien en vue de la profession du concessionnaire, qu'en vue du fonds où est située la tuilerie ou le four à chaux; mais n'en est-il pas ainsi dans les usages de bois établis au profit des forges ou autres usines, usages que l'on regarde, sans difficulté, comme constituant une servitude réelle, attachée activement et passivement aux deux fonds, et transmissible avec eux? Il y a parité: l'argile ou la pierre calcaire prise dans le fonds du concédant est utile à l'exploitation de la tuilerie ou du four à chaux, comme le bois est utile à l'exploitation de la forge ou de l'usine. D'après cela, on peut regarder la tuilerie ou le four à chaux comme étant l'objet principal, le véritable fonds pour l'utilité duquel la concession est faite; conséquemment c'est un droit qui ne s'éteint point par la mort du concessionnaire, à moins de disposition contraire dans le titre constitutif.

§ III.

Des obligations de l'usager.

35. On a vu transitoirement que, d'après l'article 626, l'usager ne peut jouir sans donner

(1) Mais, comme l'observe Pothier, *ad Pandectas*, tit. *de Servit.*, n° 9, *hæc vicinitas strictius aut largius accipitur, pro diversa diversarum servitutum natura.*

préalablement caution, ni sans faire des états et inventaires, et que ses obligations, sous ce rapport, sont assimilées à celle de l'usufruitier.

36. Par conséquent, comme le vendeur ou donateur avec réserve d'usufruit est dispensé, de droit commun, de fournir caution; de même, de droit commun aussi, le vendeur ou donateur avec réserve d'un droit d'usage serait dispensé de la fournir.

37. Quant aux états ou inventaires généralement prescrits à l'usager comme à l'usufruitier, nous le répéterons, nous ne voyons pas de quelle utilité ils pourraient être dans le cas où l'usager ne jouirait pas du fonds par lui-même, en le cultivant ou faisant cultiver; car alors il n'y a pas plus à craindre de dégradations de sa part que de la part de tout autre.

L'usager doit, comme l'usufruitier, jouir en bon père de famille. (Art. 627) (1).

38. Suivant l'article 635, si l'usager absorbe tous les fruits du fonds, il est assujetti aux frais de culture, aux réparations d'entretien et au payement des contributions, comme l'usufruitier.

S'il ne prend qu'une partie des fruits, il contribue au prorata de ce dont il jouit.

Comme les récoltes ne donnent pas toutes la même quantité de fruits, il y aura lieu, dans la dernière hypothèse, à faire chaque année une appréciation de ce qu'il aura pris de fruits, comparativement à la totalité qu'en aura produit le fonds, pour régler la contribution d'après des bases positives; ce qui ne sera pas sans quelque difficulté dans la pratique, d'autant mieux que les besoins de l'usager peuvent eux-mêmes varier beaucoup, mais cependant ce qui sera souvent nécessaire, afin que l'une des parties ne supporte pas plus d'impenses qu'elle n'en doit supporter d'après la règle ci-dessus.

Dans cette même hypothèse, il se présente une difficulté relativement aux semences, qui font évidemment partie des frais de culture.

Que l'on suppose, en effet, l'usage établi sur une terre labourable donnant habituellement 60 mesures de blé, mais qui en exige 10 pour les semences. Qu'on suppose aussi que l'usager ait annuellement besoin, pour lui et sa famille, de 30 mesures. Si l'on exige qu'il contribue aux semences, il ne lui restera plus que 25 mesures, ce qui serait insuffisant, ou bien il serait obligé de prendre sur ses deniers particuliers une somme pour payer la moitié des semences. Mais, en général, une récolte ne doit être appréciée, dans la quantité de fruits qu'elle donne, que semences déduites, parce que, en effet, on ne peut calculer les fruits d'un fonds qu'en raison de ce qu'on en obtient en définitive. Dans toute exploitation suivie, soit que l'on cultive par ses mains, soit qu'on le fasse par celles d'un colon ou métayer, on commence par prélever les semences, et c'est le surplus qui est considéré comme étant véritablement le produit de la récolte.

Que l'on suppose aussi que l'usage soit établi sur un domaine habituellement cultivé par un colon partiaire ou métayer, et que l'usager n'ait besoin que d'une partie des fruits qui forment la portion du maître; on ne voit pas, dans ce cas, comment il contribuerait aux semences, qui, comme on vient de le dire, se prélèvent d'abord sur la masse des fruits récoltés, et même comment il contribuerait aux frais de culture, qui consistent, dans ce cas, dans une portion de ces mêmes fruits.

Nous pensons donc, pour les semences, qu'il n'aurait à y contribuer que pour la première année, s'il fallait en acheter, parce qu'il n'y en aurait pas dans le fonds lors de l'ouverture du droit, ainsi que pour les années suivantes où l'on serait aussi forcé d'en prendre ailleurs, parce que toute la récolte serait venue à périr par force majeure. Nous croyons aussi que, dans le cas où le fonds est cultivé par un colon partiaire, il n'a aucune contribution à subir pour frais de culture, puisque c'est le fonds lui-même qui y subvient. Il en est autrement des impôts ainsi que des réparations d'entretien, qui sont de véritables déboursés.

39. Au surplus, il ne faut pas confondre, surtout quant à cette contribution aux frais de culture, réparations d'entretien et impôts, la constitution d'une prestation annuelle d'une certaine *quantité* de fruits, avec le droit d'usage. Par exemple, si je lègue à Paul 20 mesures de

(1) Code de Hollande, art. 866.

blé annuellement, sa vie durant, à prendre sur le produit de mon domaine A, Paul devra avoir annuellement les 20 mesures de blé sans être tenu d'aucunes charges. C'est là une véritable rente, et non un droit d'usage proprement dit : aussi, Paul n'aura-t-il pas un droit réel immobilier, mais bien une simple créance mobilière et personnelle, et avec l'effet du privilége attaché à son legs, sur les biens de ma succession, par les articles 878 (1) et 2111 (2). En conséquence, son droit, comme chose mobilière, entrerait dans sa communauté, à moins de clause contraire, soit dans son contrat de mariage, soit dans mon testament ; tandis que si c'était un droit d'usage, il n'y aurait que les produits échus pendant son mariage qui tomberaient dans sa communauté ; le droit lui resterait en propre à la dissolution de ladite communauté.

40. La question de savoir si, dans le cas où le fonds désigné ne donnerait pas, pendant une ou plusieurs années, la quantité de blé portée au legs, mon héritier serait obligé de fournir le surplus, dépendrait de l'interprétation de ma volonté. Nos auteurs les plus exacts (3) pensent que les mots *à prendre* dans tel fonds, sont simplement démonstratifs, qu'ils indiquent *unde solveretur*, et ne restreignent pas rigoureusement l'objet de l'obligation aux seuls fruits du fonds désigné ; que le testateur, en indiquant ce fonds, a simplement voulu l'indiquer pour fournir de préférence la chose léguée, mais que lorsqu'il a dit : Je lègue tant de mesures de grain *de tel fonds*, ces mots *de tel fonds* sont limitatifs, et restreignent aux fruits produits par ce fonds les choses léguées ; de manière que s'il n'en fournit pas suffisamment, l'héritier n'est pas obligé d'y suppléer.

41. Si la constitution était d'une certaine *quotité* de fruits de tel fonds, par exemple de la moitié, avec ou sans détermination fixe de durée, celui au profit de qui elle serait établie devrait, pendant sa jouissance, contribuer, au prorata, aux frais de culture, réparations d'entretien et payement des impôts ; et la question de savoir si c'est un droit d'usage irrégulier qu'on a entendu établir, et en conséquence si ce droit est réel immobilier, ou bien si c'est simplement un droit mobilier, se déciderait d'après l'esprit du titre constitutif.

§ IV.

De l'extinction du droit d'usage.

42. D'après l'article 625, l'usage s'éteint de la même manière que l'usufruit.

Ainsi, il s'éteint par la mort naturelle ou par la mort civile de l'usager ;

Par l'expiration du temps pour lequel il a été accordé ;

Par la consolidation ou la réunion sur la même tête des deux qualités d'usager et de propriétaire;

Par le non-usage du droit pendant trente ans ;

Par la perte totale de la chose sur laquelle il avait été constitué.

Il peut aussi cesser par l'abus que l'usager ferait de sa jouissance. (Art. 617 et 618) (4).

Il cesse aussi par la résolution du droit de celui qui l'a concédé, et par la renonciation valable de l'usager.

En un mot, ce que nous avons dit au tome précédent, sur l'extinction de l'usufruit, est applicable à l'extinction du droit d'usage.

43. Mais la disposition de l'article 619, suivant laquelle l'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers ne dure que trente ans (5), n'est point applicable au droit d'usage établi au profit des communes ou communautés, nonobstant la généralité des termes de l'article 625, assez inexacts, comme on l'a vu, sous d'autres rapports.

L'exercice de l'usufruit paralyse le plus puissant effet de la propriété, la jouissance de la chose ; il a donc fallu qu'il prît fin, et on lui a sagement assigné la durée de trente ans, en l'absence de toute clause à ce contraire, quand il n'est pas accordé à des particuliers. Mais l'étendue de l'usage étant mesurée sur les besoins de l'usager, et laissant, du moins ordinairement, une partie de la jouissance au propriétaire, la

(1) Code de Hollande, art. 1153.

(2) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(3) Notamment Pothier, *des Oblig.*, n° 623. *Voyez* aussi le même auteur *ad Pandectas*, tit. *de Condit. et demonst.*, n° 235.

(4) Code de Hollande, art. 854, 862 et 863.

(5) Lorsque, bien entendu, le titre ne s'explique pas sur la durée du droit. *Voyez* tome précédent, n° 1474.

raison qui a fait limiter à trente ans la durée de l'usufruit accordé à des communes ou communautés, n'a plus la même force quand il s'agit d'un droit d'usage. Nonobstant son exercice, la propriété aura toujours de l'utilité pour celui à qui elle appartient.

SECTION II.

DU DROIT D'HABITATION.

SOMMAIRE.

44. *Ce qu'on entend par droit d'habitation, et comment ce droit s'établit.*
45. *Son étendue.*
46. *Comme l'usage, il est inaliénable, à moins de disposition contraire dans le titre constitutif.*
47. *Si le titre est muet sur ce point, il faut voir, d'après son esprit, si c'est un droit d'habitation, ou bien d'usufruit, que le constituant a voulu établir.*
48. *Les rédacteurs du Code, en décidant, en principe, que le droit d'habitation ne peut être cédé ni loué, ont confondu ce droit avec l'usage des bâtiments*, usus ædium, *et se sont ainsi éloignés des principes du droit romain sur* l'habitation *proprement dite.*
49. *Obligations de l'usager quant à la contribution aux charges, au cautionnement à fournir, et aux états à faire.*
50. *Comment prend fin le droit d'habitation.*

44. Le droit d'habitation est le droit d'habiter la maison d'autrui, à la charge, comme dans l'usufruit et dans l'usage, de conserver la substance de la chose.

Ce droit s'établit aussi, d'après l'article 625, de la même manière que l'usufruit.

Et comme celui qui l'exerce a une jouissance continue, lors même qu'il n'occuperait qu'une partie de la maison, nous en avons conclu, ainsi que pour l'usufruit, et l'usage dans certains cas, que le droit d'habitation est susceptible de s'acquérir par prescription (1).

45. Celui qui a un droit d'habitation dans une maison peut y demeurer avec sa famille, quand même il n'aurait pas été marié à l'époque où ce droit lui a été donné. (Art. 632 (2).

Le droit est restreint à ce qui est nécessaire pour l'habitation de celui à qui il a été concédé, et de sa famille. (Art. 633) (3).

46. Dans le silence du titre constitutif sur ce point, le droit d'habitation ne peut être ni cédé ni loué. (Art. 628 et 634 combinés) (4).

Si le titre constitutif autorise la cession ou la location, alors s'applique ce que nous avons dit à cet égard en parlant de l'usage (5).

47. Si le titre est muet sur ce point, il importe de bien apprécier quelle est l'espèce de droit que le constituant a entendu concéder, de voir si c'est un droit d'usufruit, ou simplement un droit d'habitation.

Quand les termes mêmes du titre ne seront pas formels, et que les autres circonstances de la disposition ne rendront pas manifeste l'intention du disposant, on devra incliner à y avoir un simple droit d'habitation, si, à raison de l'étendue de la maison, le concessionnaire n'en doit occuper qu'une partie.

Au contraire, on devra incliner à y voir une constitution d'usufruit, s'il doit occuper toute la maison; en conséquence, il pourra louer ou céder son droit.

Ce sera surtout dans les dispositions testamentaires qu'il sera permis de se livrer à cette interprétation de la volonté du disposant.

48. En décidant que le droit d'habitation ne peut être cédé ni loué, sauf, ainsi que nous l'avons dit, le cas de disposition contraire dans le titre constitutif, les rédacteurs du Code ont confondu le droit d'habitation avec l'usage des bâtiments, *usus ædium*, et ont ainsi rejeté le droit d'habitation proprement dit, tel qu'il existait dans la législation romaine.

En effet, suivant le § 2, INSTIT., *de Usu et habit.*, celui qui a l'usage d'un bâtiment a seulement le droit d'y habiter avec son épouse, ses

(1) Voyez *supra*, nos 7 et 8.
(2) Code de Hollande, art. 873.
(3) Ibid.
(4) Code de Hollande, art. 867 et 873.
(5) Voyez *supra*, No 24.

enfants, ses affranchis et les personnes du service desquelles il a besoin journellement. A peine, est-il dit dans ce texte, peut-il y recevoir un hôte : *Et vix receptum esse videtur, ut hospitem ei recipere liceat.* Il ne peut surtout transférer son droit à un autre.

Au contraire, d'après le § 5, au même titre, le droit d'habitation n'est pas considéré comme un droit d'usage, ni comme un usufruit, mais bien comme un droit particulier (1), *sed quasi proprium aliquod jus ;* et il est permis à celui qui l'a, non-seulement d'habiter lui-même la maison, *sed etiam aliis locare.*

De là, plusieurs docteurs ont soutenu que l'habitation n'est point une servitude quelconque, qu'elle n'affecte point la chose ; conséquemment, qu'elle ne donne point l'action *confessoire*, ni contre les tiers détenteurs, ni contre le concédant ou son héritier ; qu'elle n'est rien autre chose qu'un droit d'obligation, et n'engendre qu'une action personnelle contre le constituant ou son héritier, à la différence du droit d'usage établi sur un bâtiment ou toute autre chose.

Mais Vinnius, sur le § 5, *hoc tit.*, INSTIT., démontre évidemment, selon nous, que cette opinion n'est pas fondée, et que l'habitation, comme le droit d'usage, est une espèce de servitude personnelle, grevant le domaine d'un droit réel, et donnant ainsi une action réelle contre tout détenteur. Au reste, puisque l'habitation, dans notre Code, est confondue avec l'usage des bâtiments, cette controverse n'a plus d'objet, et il est bien certain que ce droit est un droit réel, une modification de la propriété, comme l'usufruit et l'usage proprement dit, un droit qui peut s'exercer contre tout détenteur quelconque du bâtiment affecté ; enfin, que c'est un droit réel immobilier, qui, à ce titre, n'entrerait point dans la communauté de celui à qui il serait concédé, si ce n'est pour la jouissance seulement pendant son mariage.

49. Si celui qui a l'habitation occupe toute la maison, il serait assujetti non-seulement aux réparations locatives, mais de plus aux réparations d'entretien et au payement des contributions, comme l'usufruitier.

S'il n'occupe qu'une partie de la maison, il contribue au prorata de ce dont il jouit. (Article 635.)

Il doit également fournir caution, comme l'usager (art. 626), sauf les exceptions que nous avons signalées sur l'usage lui-même ; et il doit faire des états dans tous les cas. (*Ibid.*)

50. Le droit d'habitation prend fin de la même manière que l'usage et l'usufruit (art. 625.) Il faut, en conséquence, se reporter à ce que nous avons dit à cet égard.

SECTION III.

DE L'USAGE APPARTENANT A UNE COMMUNE OU COMMUNAUTÉ D'HABITANTS SUR LES TERRES VAINES ET VAGUES, LES PRÉS OU MARAIS SITUÉS DANS SON TERRITOIRE.

SOMMAIRE.

51. *Les biens communaux sont de deux sortes : ceux dont la commune a la propriété, et ceux dont elle a simplement l'usage.*
52. *La propriété de ces derniers appartient à des particuliers, et quelquefois à l'État.*
53. *La question de savoir à qui, en l'absence du titre positif à cet égard, du seigneur ou de la communauté, était censée appartenir la propriété des marais et terres incultes dont celle-ci a l'usage, a été vivement controversée jadis ; elle a été tranchée dans l'intérêt des communes par la nouvelle législation.*
54. *Dispositions de la loi du* 13 *avril* 1791 *sur ce point.*
55. *Dispositions de celle du* 28 *août* 1792.
56. *Dispositions de celle du* 10 *juin* 1793.
57. *Point sur lequel cette loi n'a pas dérogé à celle du* 28 *août* 1792.
58. *Quand, d'après les lois ci-dessus, le représentant d'un ci-devant seigneur ne justifie pas de ses droits de propriété*

(1) Aussi ne s'éteignait-il pas par le non-usage. L. 10, ff. *de Usu et habit.*, parce que *habitatio magis in facto, quam in jure consistit.* L. *pen.* ff. *de Cap. minut.*; c'est-à-dire, *quod legatæ habitationis jus non semel cedat, sed per dies singulos, perinde ut ususfructus in singulos dies relicti.* L. 1, *princip.*, ff. *Quando dies usufr. leg. ced.* En d'autres termes, *plura hic sunt legata et quasi nova singulorum dierum habitatio.* C'est pour cela qu'avant Justinien, alors que l'usufruit et l'usage s'éteignaient par le petit changement d'état, ce qu'il a changé par la L. *pen.* Cod. *de Usufr.*, l'habitation elle-même ne prenait pas fin de cette manière.

sur les terres usagères de la commune, il n'y a pas lieu entre elle et lui à transiger ni à cantonnement.

59. *Observations générales sur l'esprit de ces diverses lois.*

60. *Comme elles n'ont pas statué sur les bois, leurs dispositions se sont point applicables à ce genre de propriété.*

61. *Il en est de même à l'égard des prairies.*

62. *L'étendue des droits d'usage appartenant aux communes ou communautés se règle par le titre constitutif ou par la possession paisible et constante.*

63. *Quelle est l'autorité compétente pour connaître des contestations.*

64. *La réunion d'une commune ou d'une section de commune à une autre, n'établit pas une communauté dans le droit d'usage au profit de cette dernière.*

65. *Un droit d'usage concédé à une commune ou aux habitants d'un territoire, s'est-il accru avec la population? Résolution de la question par une distinction.*

66. *L'usage au profit d'une commune ou communauté d'habitants est toujours servitude réelle.*

67. *Ce qui concerne les impôts et autres charges, se règle par les actes ou par des lois particulières.*

68. *Ce que c'est que le cantonnement; il peut être aussi demandé sur les terrains vains et vagues, et aussi bien par la commune contre le propriétaire, que par le propriétaire contre la commune; dispositions des lois nouvelles sur la matière du cantonnement.*

69. *Il peut être aussi demandé dans le cas d'usage sur des prés, à moins que l'usage ne fût borné à un simple droit de parcours après les premières herbes, auquel cas il n'y aurait que le propriétaire qui pût l'exiger.*

51. En traitant des biens dans leurs rapports avec ceux qui les possèdent, nous avons dit, au tome précédent, d'après l'article 542 (1), que les biens communaux sont ceux à la propriété ou au profit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis.

Ainsi, deux sortes de biens communaux : ceux dont la commune a la propriété, et dont elle jouit selon les règles qui leur sont propres; et ceux sur les produits desquels seulement elle a un droit acquis, et ce droit est un droit d'usage.

52. Quant à ces derniers, la commune ou communauté d'habitants n'en ayant que l'usage, la propriété en appartient à des particuliers, et quelquefois à l'État, car le droit d'usage et celui de propriété ne sauraient être réunis dans la même main : ils s'excluent réciproquement; leur réunion opère confusion et extinction du premier, d'après la règle si connue : *Res sua nemini servit.*

53. Et comme le droit de propriété est infiniment plus plein que le simple droit d'usage, il importe de bien distinguer le cas où la commune peut invoquer le premier de ces droits, du cas où elle ne peut invoquer que le second seulement.

Sur ce point s'est élevée anciennement la question de savoir à qui, en l'absence de tout titre positif à cet égard, du seigneur ou de la communauté, est censée appartenir la propriété des marais et des terres incultes dont celle-ci a l'usage, et quel genre de preuve on peut faire valoir en cette matière?

Cette question, du plus haut intérêt, si controversée jadis (2), et jugée si diversement par les différents parlements, à raison de la manière dont chacun supposait que le droit des communes avait pu se former dans l'origine, ou se perdre par suite de l'établissement du régime féodal; cette question, disons-nous, a été tranchée dans l'intérêt des communes par la nouvelle législation.

54. Suivant l'article 7 de la loi du 13 avril 1791, « le droit de s'approprier les terres vaines et va- « gues ou gastes, landes, biens hermes ou vacants, « garigues, flégards ou wareschains, n'aura plus « lieu en faveur des ci-devant seigneurs, à compter « de la publication des décrets du 4 août 1789.

« Et néanmoins, porte l'article suivant, les « terres vaines et vagues ou gastes, landes, biens « hermes ou vacants, garigues, flégards ou wa- « reschains, dont les ci-devant seigneurs ont

(1) Code de Hollande, art. 502.

(2) *Voy.* au *Répertoire* de M. Merlin, au mot *Usage* (*droit d'*), sect. 2, § 1.

« pris publiquement possession avant la publica- « tion des décrets du 4 août 1789, en vertu des « lois, coutumes, statuts ou usages locaux lors « existants, leur demeureront irrévocablement « acquis, sous les réserves ci-après.

Art. 9. « Les ci-devant seigneurs seront censés « avoir pris publiquement possession desdits ter- « rains à l'époque désignée par l'article précé- « dent, lorsqu'à cette époque ils les auront, soit « inféodés, acensés ou arrentés, soit clos de « murs, de haies ou fossés, soit cultivés ou fait « cultiver, plantés ou fait planter, soit mis à « profit de toute autre manière, pourvu qu'elle « ait été exclusive et à titre de propriété.

Art. 10. « Il n'est préjudicié, par les deux « articles précédents, à aucun des droits de pro- « priété et d'usage que les communautés d'ha- « bitants peuvent avoir sur les terrains y men- « tionnés ; et toutes actions leur demeurent « réservées à cet égard. »

55. La loi du 28 août 1792 a apporté des innovations à l'ancienne législation sur les biens communaux, et même à la loi du 13 avril 1791.

Par son art. 8, elle décide que « les communes « qui justifieront avoir anciennement possédé « des biens ou droits d'usage quelconques, dont « elles auront été dépouillées en totalité ou en « partie par des ci-devant seigneurs, pourront « se faire réintégrer dans la propriété et posses- « sion desdits biens ou droits d'usage, nonob- « stant tous édits, déclarations, arrêts du conseil, « lettres patentes, jugements, et possession con- « traire, à moins que les ci-devant seigneurs ne « présentent un acte authentique qu'ils ont légi- « timement acheté lesdits biens. »

L'art. 9 porte : « Les terres vaines et vagues « ou gastes, landes, biens hermes ou vacants, « garigues, dont les communes ne pourraient « pas justifier avoir été anciennement en posses- « sion, sont censés leur appartenir et leur seront « adjugés par les tribunaux, si elles forment leur « action dans le délai de cinq ans, à moins que « les ci-devant seigneurs ne prouvent, par titre « ou par possession exclusive continuée paisible- « ment et sans trouble pendant quarante ans, « qu'ils en ont la propriété. »

56. Cette disposition parut encore trop favorable aux ci-devant seigneurs, et voici en conséquence ce qu'a réglé sur ce point la fameuse loi du 10 juin 1793.

L'art. 1er de la quatrième section est ainsi conçu : « Tous les biens communaux en général, connus « dans toute la république sous les divers noms « de terres vaines et vagues, gastes, garigues, « landes, pacages, pâtis, bruyères, bois com- « muns, hermes, vacants, palus, marais, ma- « récages, montagnes, et sous toute autre « dénomination quelconque, sont et appartien- « nent de leur nature à la généralité des habitants « ou membres des communes ou sections de com- « mune, dans le territoire desquelles ces commu- « naux sont situés ; et comme tels, lesdites com- « munes ou sections de commune sont autorisées « à les revendiquer. »

Suivant l'art. 8 de la même section : « La pos- « session de quarante ans exigée par la loi du « 28 août 1792 pour justifier de la propriété d'un « ci-devant seigneur sur les terres vaines et va- « gues, gastes, garigues, landes, marais, biens « hermes, vacants, ne pourra, en aucun cas, « suppléer le titre légitime ; et le titre légitime « ne pourra être celui qui émanerait de la puis- « sance féodale, mais seulement un acte authen- « tique qui constate qu'ils ont légitimement acheté « lesdits biens, conformément à l'art. 8 de la « loi du 28 août 1792. »

57. Au surplus, cette loi du 10 juin 1793 n'a pas dérogé à celle du 28 août 1792, quant au délai dans lequel les communes étaient tenues de se pourvoir contre leurs ci-devant seigneurs, pour faire juger que les terres vaines et vagues situées dans leur territoire respectif étaient des biens communaux ; d'où il suit qu'une commune qui aurait laissé passer cinq ans après la publication de la loi du 28 août 1792, sans se pourvoir contre son ci-devant seigneur en délaissement des terres vaines et vagues dont il avait alors une possession légitimée par la loi du 13 avril 1791, ne serait plus aujourd'hui recevable à réclamer ces biens. C'est en quoi, observe fort bien M. Merlin (1), les terres vaines et vagues diffèrent des biens productifs dont il est parlé dans l'article 8 de la loi du 28 août 1792 ; car cet article ne dé-

(1) Voyez *Répertoire*, au mot *Communaux*, § 2.

termine aucun délai fatal dans lequel les communes soient tenues d'agir, et conséquemment il leur laisse pour cela tout le temps qu'il faut, de droit commun, pour que l'on puisse prescrire une action réelle contre une commune.

58. Le même auteur fait aussi l'observation que l'art. 7 de la loi du 28 août 1792, et l'art. 8 de la section 4 de la loi du 10 juin 1793, ne réputent biens communaux que les terres vaines et vagues situées dans le territoire d'une commune. « Quant à celles, porte l'art. 11 de la première « des lois citées, qui ne se trouveraient pas cir- « conscrites dans le territoire d'une commune ou « d'une ci-devant seigneurie, elles sont censées « appartenir à la nation, sans préjudice des droits « que les communautés ou les particuliers pour- « raient y avoir acquis, et qu'ils seront tenus « de justifier par titre ou par possession de qua- « rante ans. »

En conséquence de ces lois, le conseil d'État, par avis du 26 juin 1808, approuvé le 17 juillet suivant, a refusé de sanctionner une transaction passée le 14 mai 1806 entre la commune d'Ouville et le sieur Michel d'Annoville, ci-devant seigneur d'Annoville, par laquelle ce dernier cédait à la commune ses prétentions de propriété et d'usage sur les trois quarts des landes et terrains vagues d'Ouville, en se réservant l'autre quart franc et exempt de toute servitude. L'avis du conseil d'État porte de plus que la commune d'Ouville continuera à posséder, ou *prendra possession* des landes et terrains vagues existant dans son enceinte, attendu que, d'après l'art. 8, sect. 4 de la loi du 10 juin 1793, la possession paisible et quadragénaire ne suffit pas pour constater les droits de propriété en faveur des ci-devant seigneurs; que le sieur d'Annoville ne justifie d'aucun titre primordial et légitime qui constate ses droits de propriété des landes et terres vagues d'Ouville; que par conséquent la commune en doit être regardée, aux termes de la loi, comme seule et légitime propriétaire, et quand le droit d'une commune n'est point douteux, il n'y a pas lieu à transaction.

Une chose très-remarquable, dans cette espèce, observe M. Merlin, c'est que le ci-devant seigneur d'Annoville avait constamment joui comme propriétaire des landes dont il s'agissait, et que la commune d'Ouville n'y avait jamais non-seulement exercé, mais même prétendu de droits d'usage : cependant le gouvernement n'a pas voulu sanctionner ce cantonnement.

59. Les dispositions de la loi du 13 avril 1791 nous paraissent parfaitement justes : elles respectent les droits acquis aux anciens seigneurs, au moins par la possession paisible et publique antérieure aux décrets du 4 août 1789, en vertu des lois, coutumes, statuts ou usages locaux lors existants. Sans doute la légitimité de cette possession est loin d'avoir été avouée par tous les bons auteurs qui ont traité cette matière délicate; mais enfin faut-il que la propriété puisse se consolider en quelque main.

Les uns n'y ont vu, en effet, qu'une usurpation faite par suite de l'établissement du régime féodal, sur les habitants des communes, et une possession qui, n'ayant eu pour principe et pour appui que la force, ne devait jamais produire le droit de propriété en faveur des seigneurs.

D'autres, au contraire, ont soutenu que la plupart des terres vaines et vagues étaient abandonnées, et avaient été occupées librement et paisiblement par les gens de guerre ou autres personnages dominant dans l'ordre social : que, surtout dans les pays de franc-alleu, et qui étaient en assez grand nombre dans l'ancienne France, la possession n'était point le résultat du régime féodal, mais bien l'effet d'une occupation libre ou d'une libéralité du souverain, qui était maître de ces mêmes biens par droit de conquête ou autrement.

Nous ne rappellerons pas ce que l'on a écrit de part et d'autre sur ce point assez obscur de notre histoire. Il nous a semblé que les divers systèmes qu'on a établis, soit pour favoriser les intérêts des habitants des communes, soit à l'appui des prétentions des anciens possesseurs, sont tous plus ou moins susceptibles d'objections, parce qu'ils reposent tous sur des bases qui sont loin d'être positives et avouées par les adversaires respectifs.

Écoutons toutefois M. Merlin; il s'exprime ainsi dans son *Répertoire*, au mot *Usage :*

« Parmi les coutumes, il en est plusieurs qui « s'occupent, avec le plus grand soin, de la qua- « lité que doit avoir la possession des habitants,

« pour leur acquérir le droit d'usage dans les « bois et marais de la seigneurie; de ce nombre « sont Vitry, Nivernais, Bourgogne, etc., et nous n'en voyons pas qui parlent de la pro-« priété des communautés sur ces mêmes biens, « de la manière d'acquérir ou de conserver cette « propriété, objet néanmoins plus important « qu'un simple droit d'usage : tant il est vrai que « les rédacteurs de nos coutumes regardaient « la propriété des seigneurs comme incontes-« table !

« Eh ! que peut, contre tant de moyens réunis, « l'établissement de ce qui a précédé l'établisse-« ment des fiefs? Faut-il donc remonter jusqu'au « déluge pour apprendre quels sont aujourd'hui « les droits et les propriétés? Sans doute il y « avait, comme l'expose Imbert dans son *En-« chiridion,* au mot *Usages,* des hommes et des « villages avant qu'il y eût des seigneurs; mais « tout changea dans la propriété des biens et « dans l'état des personnes par l'établissement « du système féodal. Toutes les provinces de « France devinrent des fiefs (1), et tous, ou « presque tous les habitants des campagnes, des « serfs de la glèbe. Tout appartenait aux sei-« gneurs, même les hommes. Comment imaginer « que ceux-ci avaient la propriété des bois ou « des marais?

« La simple possession, tant qu'elle leur laissait « ces bois et ces marais simplement en usage, ne « suffisait pas pour leur donner le droit de pro-« priété. En effet, c'est une maxime incontesta-« ble, que l'usager ne prescrit jamais la propriété, « à moins qu'un droit nouveau n'ait effacé les « anciens, autrement la possession est censée « continuer comme elle a été commencée, et « la loi réfère les actes du possesseur au ti-« tre, etc. »

La loi du 13 avril 1791 consacrait ces principes, en maintenant les droits acquis par une possession ou par des actes de vente.

Celle du 28 août 1792, moins favorable aux ci-devant seigneurs que la précédente, exigeait, il est vrai, un titre d'acquisition par voie d'achat, ou une possession exclusive et paisible continuée pendant quarante ans, mais elle respectait du moins les droits acquis de cette manière; car si la longue possession, paisible et publique, ne suffit même pas pour consolider la propriété, ce droit n'est plus qu'un vain mot parmi les hommes : tout peut être remis journellement en question, et personne ne peut se promettre de jouir plus longtemps de ce qu'il possède et de ce que ses ancêtres lui ont transmis. Cette loi, d'ailleurs, établissait un délai durant lequel les communes devaient élever leurs réclamations, si elles croyaient avoir le droit d'en former. Par là, ses auteurs voulaient consolider la propriété, en déterminant les signes auxquels on pourrait reconnaître le véritable propriétaire, et sous ce rapport, leur œuvre est digne d'éloge. Ils établissaient enfin un principe favorable aux communes, en créant la présomption de droit que les terres vaines et vagues leur appartenaient, sauf aux seigneurs à prouver le contraire par titre d'achat ou par possession paisible et continuée pendant quarante ans. C'était une présomption contraire à celle qui résultait du système féodal, et une immense conquête faite au profit des masses sur quelques-uns seulement.

Si l'on s'en fût tenu là, cette partie de la législation serait, selon nous, irréprochable; mais il ne serait pas également facile de justifier la dernière des lois citées, celle du 10 juin 1793, qui a méconnu, dans la main des seigneurs, la possession paisible et publique, quelle qu'en fût la durée. Elle a porté atteinte au droit de propriété, en repoussant l'un des moyens les plus naturels et les plus légitimes de l'acquérir, celui-là même qui fut le seul dans l'origine, et sur lequel tous les autres ont été entés dans la suite.

60. Aussi ne doit-on appliquer cette loi, et même celle du 28 août 1792, qu'aux objets sur lesquels elles statuent. En conséquence, comme elles ne parlent que des terrains vains et vagues, désignés sous ces dénominations ou autres analogues, et nullement des *bois*, on doit décider, comme l'a fait la cour de cassation (2), qu'un bois situé dans le territoire d'une commune, et dont elle prouve même avoir eu anciennement l'usage, n'est pas présumé pour cela lui appartenir. Le ci-devant seigneur ou son ayant cause qui en a la possession comme propriétaire ne peut en être

(1) Sauf toutefois, comme nous l'avons fait observer, les pays de franc-alleu.

(2) Arrêt du 14 floréal an x, rapporté aux *Questions de droit* de M. Merlin, au mot *Communaux* (*biens*), § I.

évincé, quoiqu'il ne représente pas lui-même un titre légitime d'acquisition; sauf à la commune son droit d'usage.

D'où il suit encore qu'une commune ne peut pas revendiquer, en vertu de l'article 8 de la loi du 28 août 1792, un bois situé dans son territoire, quoiqu'elle prouve l'avoir possédé *animo domini*, mais sans titre légitime de propriété, pendant un temps insuffisant pour la prescription (1).

61. Par la même raison, les communes qui exerçaient, lors de ces lois, des droits d'usage sur des prairies, après les premières herbes levées, comme on en voit en si grand nombre sur les bords de la Saône, et autres rivières ou fleuves, n'ont pu, pour se prétendre propriétaires, argumenter du bénéfice desdites lois, qui ne parlent point des fonds de terre productifs, mais des terres vaines et vagues.

Ces communes ont simplement conservé leur qualité d'usagères; et dans les cas où, même à l'égard des terres vaines et vagues, les anciens seigneurs ou leurs représentants ont justifié de leurs droits de propriété, et que les communes ont établi par titres ou par possession leurs droits d'usage, ces droits font partie de la seconde classe des biens communaux, c'est-à-dire de ceux sur les produits desquels la commune ou section de commune a un droit acquis. (Article 542.)

62. Il serait impossible de donner des règles précises sur le mode d'exercice de ces droits d'usage : il est déterminé par le titre constitutif, ou par la possession paisible et constante.

63. On doit toutefois tenir pour principe que les contestations qui pourraient s'élever entre la commune usagère et le propriétaire sont de la compétence de l'autorité judiciaire; mais que les changements qu'il y aurait à apporter dans le mode d'usage, par rapport aux habitants entre eux, ou la fixation de ce mode, en cas de contestation, sont du ressort de l'autorité administrative (2).

64. Si, par l'effet d'une disposition administrative, deux communes ont été réunies en une seule, ou si une section a été détachée d'une commune pour être réunie à une autre, la commune ou la section conserve exclusivement ses droits d'usage, suivant ce que nous avons dit au tome précédent, n° 1017; et quand même la commune ou section usagère consentirait à ce que les habitants de l'autre commune ou des autres sections participassent au bénéfice de l'usage, le propriétaire du fonds sur lequel il s'exerce aurait le droit de s'y opposer; car sa condition ne peut être aggravée sans son consentement.

65. Quand un droit d'usage a été concédé à une commune ou aux habitants d'un territoire, ce droit s'est-il accru avec la population?

Selon M. Proudhon (3), il faut distinguer entre les causes qui ont produit cette augmentation.

Si elle est provenue de l'étendue, du défrichement, de la fertilité du territoire, on doit décider, suivant ce jurisconsulte, que généralement tous les habitants ont un droit égal au bénéfice de l'usage anciennement concédé à la communauté dont ils font aujourd'hui partie. On ne doit pas même en exclure les gens de métier dont le travail est nécessaire aux besoins des habitants du lieu, ni les ouvriers dont les bras sont employés à la culture des terres : les uns et les autres ne sont que les accessoires et comme les adjudants de la population cultivatrice au profit de laquelle le droit d'usage est établi.

Mais si l'accroissement de population provient d'une cause étrangère aux besoins du sol, qui n'y a aucun rapport, et qui était loin d'être dans la pensée des parties contractantes ou du constituant à titre gratuit, comme l'établissement d'une route de poste, d'un canal de navigation, la fixation d'un chef-lieu de juridiction, l'érection d'une forteresse; l'établissement de diverses foires, la construction d'une manufacture ou d'une grande usine, le placement d'un bureau de douanes, etc., dans ce cas l'on doit dire qu'il n'y a parmi les habitants de la commune usagère que ceux qui représentent les colons originaires et qui font partie de la population agricole, qui aient droit

(1) Arrêt du 18 brumaire an XI, rapporté au même recueil, même mot, § 2.

(2) A cet égard, *voy.* ce qui a été dit au tome précédent, nos 1027 et suiv., et surtout M. Favard de Langlade, au mot *Communes*.

(3) Traité de *l'Usufruit*, etc. tome VII, page 77 et suiv., et page 128 et suiv. analysées.

à l'usage, parce que ce droit est une servitude réelle, qui n'étant attachée qu'aux fonds et en faveur de leur culture, ne peut être exercée que par ceux qui les détiennent et les cultivent; que décider autrement serait donner au droit d'usage une extension indéfinie et incompatible avec son caractère de servitude foncière, puisqu'on le détacherait du fonds pour le convertir en un usage personnel à l'avantage de tous ceux qui viendraient exercer dans la commune des fonctions ou professions étrangères aux besoins du sol.

Au reste, suivant le même auteur, le montant ou la somme de l'usage doit avoir un *maximum* qu'on ne puisse dépasser, pour que le fonds assujetti ne soit pas arbitrairement épuisé, et ne devienne pas absolument inutile, et même à charge au propriétaire, puisque ces sortes d'usage ne sont pas, comme les droits d'usufruit, sujets à s'éteindre au bout d'un certain temps, ni par la mort de ceux qui en jouissent. Or ce *maximum* existe, et il est fixé par la nature des choses, parce qu'un territoire quelconque ne peut toujours fournir qu'aux travaux d'un certain nombre d'habitants occupés à la culture. Passé ce nombre, il n'y a plus d'usagers; c'est donc là qu'il faut s'arrêter.

Ces théories sont d'une justesse incontestable; mais que de difficultés doit faire naître leur application! Avec combien peu de certitude on distinguera les personnes employées directement ou indirectement à la culture du sol, de celles qui ne le sont pas, surtout si l'on songe aux fréquentes variations que doit nécessairement éprouver la population d'un territoire dans sa composition et dans les diverses classes des habitants qui la forment! Mais enfin les tribunaux, arbitres de l'esprit des conventions et de la volonté des disposants, se décideront pour le plus juste et le meilleur: tout en faisant respecter les droits des usagers, ils ne sanctionneront pas des prétentions qui rendraient la propriété absolument illusoire.

66. Cet usage au profit d'une commune ou communauté d'habitants est toujours servitude réelle; il est dû, comme on vient de le dire, mais sous les distinctions ci-dessus, à chacun des habitants; c'est en quelque sorte le prix de l'incolat.

D'où il suit que celui qui quitte la commune perd son droit à l'usage, et celui qui vient le remplacer, soit comme fermier ou locataire, soit comme acquéreur, ou même comme simple cultivateur, le remplace aussi, du moins généralement, dans l'exercice du droit d'usage commun (1).

67. Tout ce qui concerne les impôts ou autres charges des produits se règle, dans ces droits d'usage, soit par le titre constitutif, soit par des conventions postérieures, ou des lois particulières.

68. Dans ces cas d'usages établis au profit des communes ou communautés d'habitants sur des biens appartenant à des particuliers, le cantonnement (2) peut être demandé, comme dans le cas d'usage constitué au profit de ces derniers; c'est principalement, il est vrai, en matière d'usage dans les bois et forêts qu'il est réclamé, et c'est pour cela que nous remettons à en parler sur ces sortes de biens, au chapitre suivant; mais il peut aussi être invoqué quoiqu'il s'agisse d'usages établis sur des fonds d'une autre nature de produits. La loi du 19 septembre 1790 porte, par son art. 8, que: « Il n'est nullement préjudicié, « par l'abolition du triage (3), aux actions en « cantonnement, de la part des propriétaires « contre des usagers de bois, *prés*, *marais* et « *terrains vains et vagues*, lesquelles continue- « ront d'être exercées comme ci-devant, dans « les cas de droit, et seront portées aux tribu- « naux de district; » c'est-à-dire, aujourd'hui, devant les tribunaux d'arrondissement.

Le cantonnement, avant le décret de 1790, n'était établi par aucune loi; il s'était successivement introduit par la jurisprudence, et pour se conformer à l'esprit de conservation des forêts qui avait déterminé les sages dispositions de l'ordonnance de 1669.

(1) *Voyez* M. Merlin, *Additions aux questions de droit*, page 843, n° 10; et M. Proudhon, tome VII, page 35.

(2) En termes d'*eaux et forêts*, le cantonnement est l'abandon d'une portion de la propriété d'un bois que l'on fait à des usagers pour leur tenir lieu du droit d'usage qu'ils avaient sur le tout. Le cantonnement participe tout à la fois du rachat et du partage, et renferme par conséquent une aliénation à titre commutatif.

(3) Ce mot signifie le *tiers* que le seigneur mettait en réserve dans les bois situés dans l'étendue de sa seigneurie, et sur lesquels s'exerçaient ses droits de seigneur.

Il n'était non plus accordé que sur la demande du propriétaire, parce qu'on pensait que c'eût été porter atteinte au droit de propriété, que de forcer le maître du fonds d'en abandonner une portion quelconque en retour de l'affranchissement de l'usage sur le surplus : attendu, disait-on avec beaucoup de raison, que le partage ne doit avoir lieu qu'entre ceux qui sont en communauté de l'objet à partager, et que les simples usagers n'ont aucun droit sur la propriété de ce même objet.

L'article 5 de la loi du 28 août 1792 a tranché toute controverse à cet égard, en disposant que, « conformément à l'article 8 du décret du 19 septembre 1790, les actions en cantonnement « continueront d'avoir lieu dans les cas de « droit, et *le cantonnement pourra être demandé* « *tant par les usagers que par les propriétaires.* »

Mais nous verrons au chapitre suivant qu'on est revenu, en ce qui concerne l'usage dans les bois et forêts, aux anciens principes, et que le cantonnement ne peut plus être demandé par les usagers.

69. Quoiqu'il puisse avoir lieu dans les usages sur des *prés*, ainsi qu'on vient de le voir, nous ne pensons néanmoins pas que les usagers pourraient le demander si l'usage était borné à un simple droit de parcours après les premières herbes, sans aucun droit sur elles. Le principe du cantonnement est fondé sur la communauté des produits; il ne peut pas avoir une autre base. Il s'opère par un échange d'une portion de ces mêmes produits, qui se percevait par les usagers sur toute l'étendue du fonds, pour une portion du fonds lui-même. Or, quand les usagers n'ont aucun droit sur les premières herbes, qui forment le produit principal d'une prairie, on n'est plus dans l'esprit du système qui a introduit le cantonnement, ni dans celui des lois qui l'ont consacré, puisque ce serait forcer le propriétaire à céder non-seulement une partie du droit de propriété, mais encore une portion des produits qui lui appartiennent exclusivement.

Mais le propriétaire des prés pourrait le demander; la restriction n'est qu'en sa faveur, parce que le motif sur lequel elle est fondée ne milite que pour lui.

CHAPITRE VII.

DES DROITS D'USAGE DANS LES BOIS ET FORÊTS.

SOMMAIRE.

70. *La matière des droits d'usage dans les bois est grandement simplifiée par le nouveau Code forestier.*
71. *Ce Code règle les droits d'usage dans plusieurs de ses titres, en considérant à qui appartiennent les bois sur lesquels ils s'exercent.*
72. *Il divise les bois en deux grandes classes: ceux qui sont soumis au régime forestier, et ceux des particuliers.*
73. *Il étend à plus d'objets que ne l'avait fait la législation précédente, l'assimilation des bois des communes ou des établissements publics à ceux de l'État.*
74. *La rédaction de ce Code a été environnée de toutes les précautions propres à garantir la bonté d'une loi.*
75. *Division de cette matière.*

70. La matière des droits d'usage dans les bois et forêts, hérissée de difficultés quand on ne consulte que les lois anciennes, qui avaient passé sous silence une foule de points les plus sujets à contestation, se trouve grandement simplifiée par le nouveau Code forestier, dont les règles, claires et positives, embrassent généralement tous les cas dans lesquels s'élevaient les prétentions contradictoires des propriétaires et des usagers. Mais les doctrines des jurisconsultes et les décisions des tribunaux, si divergentes en cette matière, ont servi du moins à préparer une bonne loi pour la régir désormais.

Par là notre travail, que nous avions d'abord conçu sur un plan plus étendu, et semé d'observations plus nombreuses, se trouve considérablement réduit et rendu plus facile. Nous n'aurons point à recourir aux lois anciennes, qui, par l'effet d'une disposition heureusement positive et expresse, celle de l'art. 218 (1), se trouvent toutes

(1) Cependant, en conformité du principe que la loi n'a pas d'effet rétroactif, le même article porte que les droits acquis antérieurement au présent Code seront jugés, en cas de contestation, d'après les lois, ordonnances, édits et déclarations, arrêts du conseil, arrêtés, décrets et règlements alors en vigueur et maintenant abrogés.

abrogées. Les monuments de la jurisprudence et la doctrine des auteurs seront également écartés de notre discussion, comme ne portant en général que sur des points tranchés par le nouveau Code. Tout ce que nous dirons à cet égard sera positif comme la loi elle-même, puisqu'elle sera notre seul guide.

71. Dans ses dispositions relatives aux droits d'usage sur les bois et forêts, ce Code s'occupe d'abord des affectations à titre particulier dans les bois de l'État.

Il traite ensuite des droits d'usage en général dans les bois de l'État : ce qui comprend les droits d'usage en bois, et les droits de pâturage, sous les dénominations de *glandée, pacage* et *paisson.*

Les titres suivants contiennent des dispositions relatives aux droits d'usage dans les bois de la couronne, dans ceux possédés à titre d'apanage ou de majorats réversibles à l'État, dans ceux des communes et établissements publics, et enfin dans les bois des particuliers.

72. Ce Code renferme une grande et importante innovation ; il divise les bois et forêts en deux classes : ceux qui sont soumis au régime forestier, et ceux qui appartiennent aux particuliers.

Suivant l'art. 1er : « Sont soumis au régime « forestier et seront administrés conformément « aux dispositions de la présente loi,

1° « Les bois et forêts qui font partie du « domaine de l'État;

« 2° Ceux qui font partie du domaine de la « couronne;

« 3° Ceux qui sont possédés à titre d'apanage « et de majorats réversibles à l'État;

« 4° Les bois et forêts des communes et sections « de commune;

« 5° Ceux des établissements publics;

« 6° Les bois et forêts dans lesquels l'État, la « couronne, les communes ou les établissements « publics, ont des droits de propriété indivis avec « des particuliers. »

Et d'après l'art. 2 : « Les particuliers exercent « sur leurs bois les droits résultant de la propriété, « sauf les restrictions qui seront spécifiées par la « présente loi. »

73. Cette soumission au régime forestier, des bois des communes et des établissements publics, avait été déjà tentée plusieurs fois par des lois, des décrets et par des décisions administratives, et même un grand nombre d'arrêts ont été rendus en conformité de ces dispositions; mais ces diverses décisions, dont nous n'avons point à nous occuper, n'avaient établi l'assimilation de ces bois à ceux de l'État que relativement à certains points seulement, notamment en ce qui concerne la police des bois. Le nouveau Code l'a étendue à d'autres objets également importants. Toutefois, nous n'avons à envisager ses dispositions à cet égard que sous le rapport des droits d'usage seulement ; car notre but n'est point de commenter cette nouvelle loi, mais bien uniquement d'en retracer les principes généraux en ce qui concerne l'application de notre article 636 du Code civil, portant que les droits d'usage dans les bois et forêts sont régis par des lois particulières.

74. Nous nous plaisons toutefois à dire que si la réunion de toutes les lumières, le concours de toutes les expériences, sont une garantie certaine de la bonté d'une loi, ce Code a droit aux hommages de tous ceux qui, reconnaissant l'insuffisance de la législation sur cette importante matière, son désaccord avec nos mœurs actuelles, soit sous le rapport de la pénalité, soit sous celui des entraves trop nombreuses qu'elle mettait à l'exercice du droit de propriété, appelaient de leurs vœux des améliorations, et désiraient surtout vivement qu'une seule loi, un Code complet, dût la régir désormais.

« Un Code forestier, a dit le savant et éloquent « M. de Martignac, en présentant le projet de loi « à la chambre des députés, un Code forestier « était devenu une nécessité qu'il fallait satisfaire, « et on a dû s'occuper avec un soin particulier « d'un travail qui offrait des difficultés sérieuses, « et qui demandait de longues méditations. Rien « n'a été oublié de ce qui pouvait fournir au gou- « vernement d'utiles lumières.

« Dès 1823 des essais furent préparés dans le « sein de l'administration forestière par des « hommes en qui on était sûr de trouver la con- « naissance des besoins et des règles, et l'expé- « rience des faits. Des membres du conseil d'État et « des agents de la marine furent appelés à concou- « rir avec l'administration à ce travail préparatoire.

« Plus tard, ce premier essai fut soumis à une « commission composée de magistrats, de juris- « consultes et d'administrateurs. Cette commis- « sion se livra à l'accomplissement de sa mission « avec zèle et avec persévérance. Elle comprit « qu'elle devait concilier les besoins de tous avec « les droits de chacun; qu'il lui fallait assurer « par des mesures fortes et sages la conservation « de notre richesse forestière, premier objet de « sa sollicitude, et ne soumettre toutefois l'in- « dépendance de la propriété privée qu'à des « restrictions commandées par un intérêt général « évident, et dont chacun pût être le juge, etc. »

Le rapporteur de la commission choisie par cette chambre pour examiner le projet de loi, le judicieux M. Favard de Langlade, à qui la science est redevable de tant d'utiles travaux, disait aussi, en unissant sa voix à celle de l'orateur du gouvernement :

« En conservant avec soin ce que l'ordonnance « de Louis XIV avait de bon et d'utile, le gou- « vernement s'est appliqué à mettre ce Code en « harmonie avec notre législation moderne, et à « concilier tous les intérêts avec les besoins de la « civilisation actuelle.

« La commission a d'abord applaudi au mode « suivi pour préparer et perfectionner ce grand « ouvrage avant de le soumettre à la délibération « de la chambre. Les bonnes lois ne s'impro- « visent pas; elles sont le fruit de la méditation, « si nécessaire pour leur imprimer le caractère « de sagesse et de perfection sans lequel elles ne « sauraient être durables. Cette réflexion est sur- « tout incontestable lorsqu'il s'agit de combiner « et de coordonner une série de dispositions nom- « breuses. Si, malgré quelques défauts, dont les « conceptions de l'esprit humain sont trop rare- « ment exemptes, notre Code civil a obtenu « d'unanimes suffrages, sans doute ils sont dus aux « élaborations successives auxquelles il fut sou- « mis, et au concours de lumières qui jaillirent « de toute part lors de sa confection.

« La même marche a été heureusement suivie « pour la préparation du Code forestier ; il ne « vous a été présenté qu'après avoir subi les « mêmes épreuves et les mêmes perfectionne- « ments. »

« Nous pourrions ajouter qu'il en a subi de plus décisives encore : l'action pleine et entière de la liberté de la presse, et la discussion parlementaire dont nous sommes redevables à nos nouvelles institutions, et qui pouvait seule donner aux chambres le moyen d'améliorer les projets de loi qui leur sont présentés : aussi celle des députés a-t-elle apporté au travail du gouvernement un grand nombre de modifications importantes, et qui l'ont amené à ce point de perfection, qu'il a été adopté à la presque unanimité dans l'une et l'autre chambre : honorable résultat d'une grande conception législative, dont la sagesse et l'utilité se sont fait sentir à tous les esprits.

On sent qu'une foule de détails ont dû être abandonnés au domaine des ordonnances de mise à exécution : on y trouvera aussi l'explication de quelques points sur lesquels il s'est élevé des doutes, et même des objections, surtout à la chambre des pairs. Les commissaires du gouvernement, pour prévenir quelques amendements et le retour de la loi à celle des députés, ce qui, vu l'époque avancée de la session, aurait pu, non pas sans doute compromettre le sort du projet, mais l'exposer à un ajournement à l'année suivante, ont donné toutes les explications désirables, et propres à résoudre toutes les difficultés.

C'est ainsi, notamment, que M. de Martignac disait devant la chambre des pairs, que l'art. 150, qui déroge au droit commun établi par l'article 672 du Code civil, relativement à la faculté qu'a tout voisin de forcer le propriétaire des arbres dont les branches s'avancent sur son terrain, à couper ces branches (1), n'est qu'une disposition transitoire, dont l'effet est borné aux arbres qui avaient plus de trente ans lors de la publication du présent Code (2); car il avait paru peu raisonnable à plusieurs orateurs de maintenir le droit commun lorsqu'il ne peut guère y avoir lieu à en faire l'application, à cause de la jeu-

(1) Voyez *infra*, no 393, et entendez ce que nous y disons à ce sujet avec ce tempérament.

(2) Le projet rendait, de la manière la plus absolue, inapplicable aux bois et forêts l'art. 672 du Code civil; la chambre des députés a amendé le projet en restreignant la défense, pour le voisin, de pouvoir demander l'élagage au cas seulement où les arbres de lisières auraient plus de trente ans; mais à la chambre héréditaire on est allé plus loin encore : on n'y a vu qu'une disposition transitoire, même à l'égard des bois de l'État ou les communes.

nesse des arbres, qui ne permet pas de supposer, du moins généralement, que leurs branches s'étendent déjà sur le voisin, et de s'en tenir à l'exception précisément pour le cas où les arbres sont parvenus à ce point de grosseur que leurs branches, en s'avançant sur le voisin, peuvent lui causer un grave préjudice. Les propriétaires de bois quelconques, ainsi avertis, ne devront désormais laisser venir en futaie les arbres de lisières qu'à une distance telle qu'ils ne pourront pas nuire aux riverains. Mais on ne devait point passer trop brusquement à l'application du droit commun, quand, jusqu'à ces derniers temps, les bois de l'État n'y avaient point été soumis à cet égard, et que nulle précaution, par conséquent, n'avait pu être prise pour prévenir le danger, très-grave pour la marine, de l'élagage des arbres de lisières, qui sont ordinairement les plus beaux et les plus propres au service.

75. Nous diviserons ce chapitre en trois sections.

Dans la première, nous parlerons des affectations dans les bois de l'État;

Dans la seconde, des droits d'usage en bois, dans les bois et forêts en général;

Et dans la troisième, des droits de pâturage dans ces bois.

SECTION PREMIÈRE.

DES AFFECTATIONS A TITRE PARTICULIER DANS LES BOIS DE L'ÉTAT.

SOMMAIRE.

76. *Malgré la défense formelle de l'ordonnance de* 1669, *un grand nombre de concessions en bois ont été faites sur les forêts de l'État.*

77. *Beaucoup de ces concessions ont survécu au temps et aux troubles de la révolution : ces troubles avaient même donné lieu à une foule d'abus et d'usurpations.*

78. *Les lois du* 28 *ventôse an* XI *et du* 14 *ventôse an* XII *furent portées pour réprimer ces abus, en obligeant les prétendants à des droits d'usage de produire leurs titres : comment ces lois ont été expliquées.*

79. *Dispositions du nouveau Code forestier relatives aux affectations à titre particulier dans les bois de l'État.*

76. Malgré la défense formelle de l'ordonnance de 1669 (1), de grever d'aucune redevance ou droit d'usage quelconque en bois les forêts royales, une multitude de concessions ont néanmoins été arrachées ou surprises à nos rois, au grand préjudice de l'État.

Ces concessions ont été faites tantôt sous la dénomination d'*affectations*, tantôt sous celle de *droits d'usage*, ou toute autre équivalente.

Les premières ont eu lieu dans diverses provinces de France, et surtout dans les anciens États des ducs de Lorraine, en faveur de certains établissements industriels; et elles consistaient dans des livraisons annuelles d'une certaine quantité déterminée de bois, moyennant une rétribution qui n'était en aucune proportion réelle avec la valeur des matières délivrées (2).

Les autres ont été établies à peu près indifféremment dans tous les lieux où il existait des forêts royales, et leur effet et leur étendue sont généralement déterminés par le titre constitutif; ce qui veut dire qu'ils varient à l'infini.

77. Beaucoup de ces concessions ne subsistent plus sans doute, mais un grand nombre ont survécu au temps et aux troubles mêmes de la révolution. Bien mieux, ces troubles ont été l'occasion d'une foule d'abus et d'usurpations, surtout de la part des communes, et sont ainsi venus frapper les forêts de l'État de ces dévorantes servitudes.

78. Pour les réprimer, la loi du 28 ventôse an XI, rendue à une époque où l'ordre dans l'administration avait recouvré sa force, prescrivit à tous ceux qui prétendraient des droits d'usage dans les bois de l'État, aux communes et établissements publics comme aux particuliers, de pro-

(1) L'ordonnance portait : « Ne sera fait à l'avenir aucun don « ni attribution de chauffage *pour quelque cause que ce soit;* et « si, par importunité ou autrement, aucunes lettres ou brevets « en avaient été accordés ou expédiés, défendons à nos cours de « parlement, chambres des comptes, grands maîtres et officiers, « d'y avoir égard. »

(2) Discours de M. de Martignac à la chambre des députés, lors de la présentation du projet de loi.

duire leurs titres devant les administrations départementales, dans le délai de six mois. Ce délai fut prorogé par une autre loi du 14 ventôse de l'année suivante, qui déclarait déchus de tout droit d'usage ceux qui n'auraient pas produit leurs titres avant l'expiration du nouveau délai fixé.

« L'exécution de cette mesure, a dit M. de Martignac devant la chambre des députés, a été à « peu près arbitraire. Un grand nombre d'usagers, et surtout de communes, ont négligé « de se présenter pendant la durée du délai. « Tantôt la déchéance a été rigoureusement appliquée, tantôt il a été accordé des relevés de « déchéance et des autorisations de produire : « plusieurs instances administratives et judiciaires existent encore aujourd'hui.

« Il fallait prendre un parti et substituer un « ordre régulier et positif à cet état d'incertitude « et d'arbitraire. Celui qui a été adopté et qui « vous est proposé consiste à respecter la chose « jugée, à maintenir les droits *reconnus* et « acquis, et à ordonner que les instances encore « pendantes seront jugées conformément aux « règles prescrites par l'ordonnance de 1669, et « *par les deux lois que nous avons rappelées* « (celles de ventôse an XI et an XII). Cette proposition, qui paraît tout concilier, aura sans « doute votre assentiment. »

79. Voici, en conséquence, les dispositions du nouveau Code forestier relatives aux affectations dans les bois de l'État. Nous ferons, à la section suivante, en parlant des droits d'usage dans les bois de l'État d'une manière plus générale, l'application des principes posés par l'orateur du gouvernement, et des modifications que les chambres y ont apportées du consentement du roi.

Art. 58. « Les affectations de coupes de bois « ou délivrances, soit par stères, soit par pieds « d'arbres, qui ont été concédées à des communes, à des établissements industriels ou à des « particuliers, nonobstant les prohibitions établies par les lois et les ordonnances existantes, continueront d'être exécutées jusqu'à « l'expiration du terme fixé par les actes de concession, s'il ne s'étend pas au delà du 1er septembre 1837.

« Les affectations faites au préjudice des « mêmes prohibitions, soit à perpétuité, soit « sans indication de termes, ou à des termes plus « éloignés que le 1er septembre 1837, cesseront « à cette époque d'avoir aucun effet.

« Les concessionnaires de ces diverses affectations qui prétendraient que leur titre n'est « pas atteint par les prohibitions ci-dessus rappelées, et qu'il leur confère des droits irrévocables, devront, pour y faire statuer, se pourvoir devant les tribunaux dans l'année qui « suivra la promulgation de la présente loi, sous « peine de déchéance.

« Si leur prétention est rejetée, ils jouiront « néanmoins des effets de la concession jusqu'au « terme fixé par le second paragraphe du présent article.

« Dans le cas où leur titre serait reconnu « valable par les tribunaux, le gouvernement, « quelles que soient la nature et la durée de l'affectation, aura la faculté d'en affranchir les « forêts de l'État, moyennant un cantonnement « qui sera réglé de gré à gré, ou, en cas de « contestation, par les tribunaux, pour tout le « temps que devait durer la concession ; l'action « en cantonnement ne pourra pas être exercée « par les concessionnaires. »

Art. 59. « Les affectations faites pour le service d'une usine cesseront en entier, de plein « droit et sans retour, si le roulement de l'usine « est arrêté pendant deux années consécutives, « sauf les cas d'une force majeure dûment constatée. »

Art. 60. « A l'avenir il ne sera fait dans les « bois de l'État aucune affectation ou concession « de la nature de celles dont il est question dans « les deux articles précédents. »

SECTION II.

DES DROITS D'USAGE EN BOIS DANS LES BOIS ET FORÊTS EN GÉNÉRAL.

SOMMAIRE.

80. *Division de la section.*

§ Ier.

Des droits d'usage en bois dans les bois et forêts de l'État.

81. *Liaison de cette section avec la précédente.*

§ II.

Des droits d'usage en bois sur les bois et forêts de la couronne.

§ III.

Des droits d'usage en bois sur les bois et forêts possédés à titre d'apanage, ou de majorats réversibles à l'État.

§ IV.

De l'exercice des droits des communes et établissements publics sur leurs bois et forêts.

gardes, et aux formalités qui les concernent.

112. *Comment sont faites les ventes des coupes.*

113. *Réserve faite lors des adjudications de coupes de bois appartenant à des établissements publics, des bois qui leur sont nécessaires, et emploi de ces bois.*

114. *Délivrance des bois d'affouage aux habitants des communes.*

115. *S'il n'y a titre contraire, le partage se fait par feu, et le prix des arbres de construction est payé à la commune.*

116. *Mode d'indemnité due au gouvernement pour ses frais d'administration.*

117. *L'action en cantonnement est ouverte aux communes et établissements publics, pour les bois qui leur appartiennent, sous les mêmes conditions que pour l'État.*

118. *Les dispositions relatives aux droits d'usage sur les bois de l'État, sont généralement applicables à la jouissance des communes et établissements publics sur leurs propres bois, ainsi qu'aux droits d'usage dont ces mêmes bois pourraient être grevés.*

119. *Ainsi, les habitants ne peuvent vendre ni échanger le bois qui leur est délivré.*

120. *Aucun droit d'usage ne peut être établi à l'avenir sur les bois des communes et établissements publics.*

121. *La déchéance prononcée par les lois de ventôse an* XI *et an* XII *ne peut être invoquée contre ces communes et établissements publics relativement à leurs propres bois, ni par eux contre les particuliers usagers.*

§ V.

Des droits d'usage en bois dans les bois des particuliers.

122. *L'étendue des droits d'usage sur les bois des particuliers est réglé par le titre constitutif.*

123. *Ces droits sont néanmoins assujettis à plusieurs des règles établies par le présent Code. Ainsi les usagers sont tenus de demander la délivrance du bois qui leur revient.*

124. *Ceux qui n'ont que le droit de prendre le bois mort, sec et gisant, ne peuvent se servir de crochets.*

125. *Les usagers ne peuvent vendre ni échanger le bois qui leur a été délivré.*

126. *Les tribunaux sont seuls compétents pour connaître des contestations entre le propriétaire et l'usager.*

127. *L'action en cantonnement appartient aussi aux particuliers pour affranchir leurs forêts d'usage en bois.*

80. Nous verrons dans un premier paragraphe ce qui est relatif aux droits d'usage en bois dans les bois de l'État ;

Dans un second, l'usage dans les bois de la couronne ;

Dans un troisième, l'usage dans les bois possédés à titre d'apanage ou de majorats réversibles à l'État ;

Dans un quatrième, l'usage dans les bois des communes et établissements publics ;

Et dans un cinquième, l'usage dans les bois des particuliers.

§ Ier.

Des droits d'usage en bois dans les bois et forêts de l'État.

81. On a vu, à la précédente section, que les rédacteurs du nouveau Code forestier se sont principalement proposé de mettre un terme aux incertitudes et aux difficultés nées des nombreuses concessions de droits d'usage faites au mépris des ordonnances, qui les prohibaient formellement, et de remédier aux abus et usurpations qui successivement sont venus affecter les forêts de l'État de ces servitudes onéreuses.

82. Pour atteindre ce but si désirable, il est décidé, par l'art. 61 de ce Code, que « ne « seront admis à exercer un droit d'usage quel- « conque dans les bois de l'État, que ceux dont « les droits auront été, au jour de la promulga- « tion de la présente loi, reconnus fondés, soit « par des actes du gouvernement, soit par des « jugements ou arrêts définitifs, ou seront « reconnus tels par suite d'instances adminis- « tratives ou judiciaires actuellement engagées, « ou qui seraient intentées devant les tribunaux, « dans le délai de deux ans, à dater de la pro- « mulgation de la présente loi, *par les usagers* « *actuellement en jouissance.* »

83. De ces dispositions résultent les conséquences suivantes :

1° Il n'y a aucune différence à faire entre les prétentions des communes et établissements publics à des droits d'usage sur les bois de l'État, et celles des simples particuliers : la loi est générale, absolue ; elle se réfère d'ailleurs implicitement à celles de ventôse an XI et an XII, qui comprenaient indistinctement tous usagers quelconques.

2° Les droits reconnus fondés au moment de la publication du présent Code, soit par des actes du gouvernement, soit par des jugements ou arrêts définitifs, doivent être maintenus, quand bien même, de fait, ils n'auraient été concédés qu'en contravention aux ordonnances, même à celle de 1669, ou qu'ils n'auraient été exercés que par usurpation ou abus. Il y a chose jugée, et tout serait incertain parmi les hommes si ce principe était méconnu.

3° Si les titres n'ont pas été produits dans le délai fixé par les lois de ventôse an XI et an XII, précitées, et que d'ailleurs l'usager ne soit pas actuellement en possession ou jouissance, il n'y a pas à s'occuper maintenant de la question de savoir si la concession qui serait réclamée était ou non interdite par les ordonnances en vigueur au moment où elle a eu lieu, ou si cette concession a eu pour elle une jouissance paisible et continue pendant le temps qui eût pu être jugé propre à en purger le vice ; il y a eu déchéance en vertu de ces mêmes lois, et cette déchéance, dans le cas dont il s'agit, conserve toute sa force par le nouveau Code. C'est un point sur lequel la discussion aux chambres, aussi bien que la rédaction de l'art. 61, ne laissait aucun doute.

4° Quant à ceux des usagers qui n'ont pas produit leurs titres, en conformité de ces lois, mais qui ont cependant continué de jouir de leur droit, l'art. 61 les relève de la déchéance dont ils étaient frappés. Les derniers mots de l'article, qui ont été ajoutés par la chambre des députés au projet, ne présenteraient en effet aucun sens, n'amèneraient aucun résultat, si la jouissance actuelle de ces usagers ne devait en aucun cas empêcher que la déchéance ne dût être prononcée, faute par eux d'avoir produit leurs titres dans le délai déterminé par les susdites lois.

Mais, hormis cet effet, cet article 61 laisse les usagers dont il s'agit sous l'empire de la législation antérieure au nouveau Code forestier ; par conséquent, ceux dont les titres ne reposent que sur une violation des anciennes ordonnances sont encore exposés, et avec raison, à les voir annuler, comme ceux dont le droit repose sur des titres légitimes doivent être maintenus. Ce Code, évidemment, n'a rien voulu préjuger à cet égard ; tandis que le projet, plus absolu, plus rigoureux, mais, disons-le, plus en harmonie avec la législation existante, prononçait implicitement la déchéance, en décidant que les droits des usagers seraient jugés conformément à l'ordonnance de 1669, et aux deux lois de ventôse an XI et an XII, qui la prononçaient formellement.

84. On doit aussi appliquer ces décisions aux usages sur les bois qui, appartenant aux émigrés, ont été réunis au domaine de l'État, par suite des lois sur la confiscation, et leur ont été rendus en vertu de celle du 5 décembre 1814.

Il est certain que ces bois sont devenus bois de l'État, et que les lois de ventôse an XI et an XII s'appliquaient aux usagers de ces bois comme aux usagers des bois de l'ancien domaine, puisque la réunion les a précédées. D'où il suit que la déchéance prononcée par ces lois, faute de production des titres dans le délai fixé par elles, a affranchi, dans la main de l'État, ces mêmes bois, des droits d'usage dont ils pouvaient être grevés, et que lorsque la loi de 1814 les a rendus à leurs anciens propriétaires, elle les a nécessairement rendus libres de ces droits d'usage, en un mot, tels qu'ils étaient alors dans la main de l'État ; car la restitution n'a eu lieu que dans l'intérêt de ceux qui avaient été dépouillés par l'effet de la confiscation, et nullement en faveur de ceux qui n'ont perdu leurs droits, s'ils en avaient, que parce qu'ils reconnaissaient eux-mêmes qu'ils n'en avaient pas, en ne produisant pas leurs titres. Or un droit éteint ne peut revivre qu'autant qu'une disposition formelle de la loi le veuille ainsi, et celle de 1814 est absolument muette à l'égard des usagers déchus.

La prétention des usagers ne pourrait être appuyée que sur une fiction, repoussée précisément par cette loi.

Il faudrait, en effet, dire qu'au moyen de ses

dispositions, l'État est censé n'avoir jamais été propriétaire des bois confisqués, et par conséquent que les lois de ventôse an XI et an XII ne se sont jamais trouvées, par le fait, applicables à ceux qui avaient des droits d'usage sur ces mêmes bois : il faudrait regarder le droit de l'État comme n'ayant été qu'un droit résoluble. Mais il n'en est pas ainsi : l'État était propriétaire incommutable, puisque son acquisition était pure et simple ; c'était la confiscation. C'est ainsi que, lorsqu'il s'est agi de savoir à quels successeurs de l'émigré les biens seraient restitués en vertu de cette loi, la cour de cassation a appelé ceux qui se trouvaient ses héritiers les plus proches à l'époque de la promulgation de la loi, de préférence à ses héritiers testamentaires, et à ceux-là même qui étaient ses héritiers légitimes à l'époque de son décès : reconnaissant par là la réalité du domaine dans la main de l'État ; car si l'État n'eût été, durant la confiscation, qu'un propriétaire dont le droit était résoluble ; si la propriété eût reposé, au moins fictivement, sur la tête de l'ancien propriétaire, il l'aurait transmise, soit par son testament, soit *ab intestat*, uniquement à ceux qui étaient ses héritiers les plus proches au jour de son décès : ce qui n'a pas eu lieu dans les cas où cette cour a eu à appliquer la loi précitée.

L'émigré a donc repris les biens tels qu'ils étaient dans la main de l'État ; il lui a succédé, comme l'État lui avait succédé d'abord, avec cette différence toutefois que l'État avait succédé à la personne, tandis que l'émigré n'a succédé qu'aux biens. Conséquemment tout ce qui s'est passé relativement à ces mêmes biens durant leur possession par l'État, la libération des charges réelles, comme les aliénations, doit être maintenu (1).

85. L'art. 62 du Code renouvelle la défense portée dans les anciennes ordonnances, de faire dans les bois de l'État aucune concession de droits d'usage de quelque nature et sous quelque prétexte que ce puisse être.

86. L'étendue des droits d'usage en bois actuellement existants se détermine par le titre constitutif, et ils s'exercent d'après les dispositions suivantes.

87. L'art. 65 porte, en principe, que, dans toutes les forêts de l'État qui ne seront point affranchies au moyen du cantonnement ou de l'indemnité, dont nous allons bientôt parler, l'exercice des droits d'usage pourra toujours être réduit *par l'administration, suivant l'état et la possibilité des forêts*, et n'aura lieu que conformément aux dispositions des articles suivants.

En cas de contestation sur la possibilité et l'état des forêts, il y aura lieu à recours au conseil de préfecture.

Le principe de la réduction à cette mesure a toujours été admis par les bons esprits. Un droit d'usage qui s'exercerait au delà de l'état et de la possibilité de la forêt rendrait vain le droit de propriété lui-même ; il n'en laisserait subsister que le nom quant aux avantages, et la réalité quant aux charges ; car cet état de choses n'aurait pas, comme dans l'usufruit, qui finit au bout d'un certain temps, un terme auquel la propriété serait affranchie, attendu que les droits d'usage sur les bois étant, en général, au profit des communes ou établissements publics, ou en faveur de *propriétés* privées, sont perpétuels de leur nature, comme des espèces de servitudes réelles. La loi a donc sagement fait d'en limiter l'exercice à l'état et à la possibilité de la forêt usagère.

88. Le projet laisserait à l'administration forestière seule le droit de juger de cette possibilité, ce qui avait le grave inconvénient de mettre en quelque sorte l'État juge en sa propre cause. Le recours, en cas de contestation, aux conseils de préfecture, est donc une importante amélioration, car ces conseils seront naturellement zélés pour la défense des droits des communes et de leurs administrés. On aurait pu cependant laisser la décision aux tribunaux, ainsi que le voulaient plusieurs orateurs.

89. Les usagers, quelle que soit la nature des livraisons de bois auxquelles ils ont droit, ne peu-

(1) La question a été jugée en ce sens par la cour de Paris, le 17 novembre 1826, relativement à un droit de pacage prétendu par la commune de Nuits sur les bois remis, en vertu de la loi de 1814, à M. de Cluny : la commune a succombé dans sa prétention, faute d'avoir produit ses titres dans le délai et suivant le prescrit de ces lois de ventôse an XI et an XII.

vent prendre ces bois qu'après que la délivrance leur en aura été faite par les agents forestiers, sous les peines portées par le titre XII, pour les bois coupés en délit. (Art. 79.)

90. Ceux qui n'ont d'autre droit que celui de prendre du bois mort, sec et gisant, ne peuvent, pour l'exercice de ce droit, se servir de crochets ou de ferrements d'aucune espèce, sous peine de trois francs d'amende. (Art. 80.)

91. Si les bois de chauffage se délivrent par coupe, l'exploitation doit en être faite aux frais des usagers, par un entrepreneur spécial nommé par eux et agréé par l'administration forestière. (Art. 81.)

92. Aucun bois n'est partagé sur pied, ni abattu par les usagers individuellement, et les lots ne peuvent être faits qu'après l'entière exploitation de la coupe, à peine de confiscation de la portion de bois abattu afférente à chacun des contrevenants.

Les fonctionnaires ou agents qui auraient permis ou toléré la contravention, seront passibles d'une amende de 50 francs, et demeureront en outre personnellement responsables, et sans aucun recours, de la mauvaise exploitation et de tous les délits qui pourraient avoir été commis. (Même art. 81.)

93. Les entrepreneurs de l'exploitation des coupes délivrées aux usagers doivent se conformer à tout ce qui est prescrit aux adjudicataires pour l'usance et la vidange des ventes; ils sont soumis à la même responsabilité, et passibles des mêmes peines, en cas de délits ou contraventions.

Les usagers ou communes usagères sont garants solidaires des condamnations prononcées contre lesdits entrepreneurs. (Art. 82.)

94. Il est interdit aux usagers de vendre ou d'échanger les bois qui leur sont délivrés, et de les employer à aucune autre destination que celle pour laquelle le droit d'usage a été accordé.

S'il s'agit de bois de chauffage, la contravention donne lieu à une amende de 10 à 100 francs.

S'il s'agit de bois à bâtir ou de tout autre bois non destiné au chauffage, il y a lieu à une amende double de la valeur des bois, sans que cette amende puisse être au-dessous de 50 francs. (Art. 83.)

L'emploi des bois de construction devra être fait dans un délai de deux ans, lequel néanmoins pourra être prorogé par l'administration forestière. Ce délai expiré, elle pourra disposer des arbres non employés. (Art. 84.)

Ces dispositions ont pour objet de prévenir les délits forestiers, souvent commis par des membres d'une communauté usagère. S'ils pouvaient vendre ou échanger le bois qui leur est délivré, il serait à craindre qu'ils n'employassent ensuite, pour se procurer celui qui leur serait nécessaire, des moyens que la loi réprime sans doute avec sévérité, mais qui n'échappent que trop fréquemment à son action. D'ailleurs, comme nous l'avons dit précédemment (1), le but de l'usage est interverti dès que l'usager n'emploie pas les produits suivant la destination qui leur a été donnée par le titre.

95. Il est défendu aux usagers quelconques d'abattre, de ramasser ou d'emporter des glands, faînes ou autres fruits, semences ou autres productions des forêts, sous peine d'une amende double de celle qui est prononcée par l'art. 144 du présent Code. (Art. 57, 58 et 85 combinés.)

La peine fixée par cet art. 144 est: Par charretée ou tombereau de pierres, sable, minerai, terre ou gazon, bruyères, genêts, herbages, feuilles vertes ou mortes, engrais existant sur le sol des forêts, glands, faînes et autres fruits ou semences des bois et forêts dont l'enlèvement n'a point été autorisé, de 10 à 30 francs par chaque bête attelée;

Par chaque charge de bête de somme, de 5 à 15 francs;

Par chaque charge d'homme, de 2 à 6 francs.

96. Enfin, le gouvernement peut affranchir les forêts de l'État de tout droit d'usage en bois, moyennant un *cantonnement*. (Art. 63.)

97. Par cette opération, les usagers, ainsi que nous l'avons dit plus haut (2), deviennent pro-

(1) N° 25.

(2) *Voyez* n° 68

priétaires exclusifs de la portion qui leur est attribuée, en retour de leur droit de communauté dans la jouissance.

98. Le cantonnement a lieu de gré à gré ; et en cas de contestation, il est réglé par les tribunaux. (Art.63.)

Pour le régler avec égalité d'avantages pour les parties intéressées, des experts sont choisis par elles, ou, dans le cas où elles ne peuvent s'accorder, sont désignés par le tribunal, à l'effet de vérifier la forêt étrangère, et de faire leur rapport sur son état et sa possibilité. Le droit d'usage, d'après la nature et l'étendue que lui attribue le titre, est apprécié relativement à cet état et à cette possibilité (art. 63), et le règlement se fait en conséquence.

99. L'action en affranchissement d'usage par voie de cantonnement n'appartient qu'au gouvernement, et non aux usagers. (Même art. 63.)

§ II.

Des droits d'usage dans les bois de la couronne.

100. L'art. 88 du Code forestier porte que « toutes les dispositions de la présente loi qui « sont applicables aux bois et forêts du domaine « de l'État, le sont également aux bois et forêts « qui font partie du domaine de la couronne, « sauf les exceptions qui résultent de l'art. 86. »

101. Cet article confère à l'intendant général de la maison du roi la régie et l'administration des bois de la couronne, conformément aux dispositions de la loi du 8 novembre 1814.

102. Tout ce qui a été dit au paragraphe précédent, relativement à la manière de justifier des droits d'usage sur les bois de l'État, à l'exercice de ces droits suivant l'état et la possibilité des forêts, à l'obligation, pour les usagers, d'obtenir la délivrance des bois de toutes sortes, à la défense qui leur est faite de les employer à un autre usage que celui indiqué par le titre, et de prendre dans les bois aucune autre production, enfin à la faculté accordée au gouvernement d'affranchir les forêts des droits d'usage en bois, au moyen d'un cantonnement, est applicable aux droits d'usage dont les bois de la couronne pourraient se trouver grevés.

§ III.

Des droits d'usage en bois sur les bois et forêts possédés à titre d'apanage ou de majorats réversibles à l'État.

103. Suivant l'art. 89, les bois et forêts qui sont possédés par les princes à titre d'apanage, ou par des particuliers à titre de majorats réversibles à l'État, sont soumis au régime forestier, quant à la propriété du sol et à l'aménagement des bois. En conséquence, les agents de l'administration forestière y sont chargés de toutes les opérations relatives à la délimitation, au bornage et à l'aménagement, conformément aux dispositions des sections 1re et 2 du titre III de la présente loi.

104. Les art. 60 et 62, relatifs à la prohibition de faire à l'avenir aucune concession de droits d'usage sur les bois de l'État, sont applicables aux bois et forêts dont il s'agit. (*Ibid.*)

105. Il faut également appliquer aux droits d'usage qui existeraient aujourd'hui sur ces bois ce qui a été dit aux deux paragraphes précédents.

§ IV.

De l'exercice des droits des communes et établissements publics sur leurs bois et forêts.

106. Les droits des communes et établissements publics sur des bois situés dans l'étendue de leur territoire sont de deux sortes : ou ce sont des droits de propriété, ou ce sont de simples droits d'usage. (Art. 542, Cod. civ.)

Les bois sur lesquels ces droits d'usage s'exercent appartiennent à l'État, à la couronne, ou sont possédés à titre d'apanage ou de majorats réversibles à l'État, ou enfin appartiennent à des particuliers.

Nous avons déjà parlé, dans les trois précédents paragraphes, des usages que peuvent avoir les communes et établissements publics sur les bois de l'État, de la couronne, ou soumis à l'apanage des princes, ou formant des majorats réversibles à l'État.

Dans celui-ci, nous avons à traiter de la manière dont les communes et établissements jouissent des bois qui leur appartiennent. Mais quoiqu'ils en soient propriétaires, néanmoins, par le mode de jouissance qu'ils sont obligés d'observer, l'impuissance où ils sont de pouvoir les aliéner, si ce n'est en vertu d'une loi, et de les défricher, à moins d'une autorisation royale, ce droit de propriété se transforme, en quelque sorte, en un droit d'usage, avec quelques effets toutefois plus étendus que dans l'usage proprement dit. Chaque génération est pour ainsi dire usufruitière, et doit par conséquent laisser à celle qui va la suivre le moyen de jouir à son tour.

107. Sont soumis au régime forestier, d'après les articles 1 et 90 du présent Code, combinés, les bois taillis ou futaies appartenant aux communes et aux établissements publics, et reconnus susceptibles d'aménagement ou d'une exploitation régulière, par l'autorité administrative, sur la proposition de l'administration forestière, et d'après l'avis des conseils municipaux ou des administrateurs des établissements publics.

Il est procédé dans les mêmes formes à tout changement qui pourrait être demandé, soit de l'aménagement, soit du mode d'exploitation.

En conséquence, toutes les dispositions des six premières sections du titre III leur sont applicables, sauf les modifications et exceptions portées au présent titre (qui est le VI[e]).

Lorsqu'il s'agira de la conversion en bois et de l'aménagement de terrains en pâturage, la proposition de l'administration forestière sera communiquée au maire ou aux administrateurs des établissements publics. Le conseil municipal ou ces administrateurs seront appelés à en délibérer : en cas de contestation, il sera statué par le conseil de préfecture, sauf le pourvoi au conseil d'État.

108. La propriété des bois communaux ne peut jamais donner lieu à partage entre les habitants.

Mais lorsque deux ou plusieurs communes possèdent un bois par individis, chacune d'elles conserve le droit d'en provoquer le partage. (Art. 92.)

109. Les communes et établissements publics ne peuvent non plus faire aucun défrichement de leurs bois sans une autorisation expresse et spéciale du gouvernement; ceux qui l'auraient ordonné ou effectué sans cette autorisation, seront passibles des peines portées au titre XV contre les particuliers, pour les contraventions de même nature.

110. Un quart des bois et forêts appartenant aux communes et aux établisssements publics doit toujours être mis en réserve, lorsque ces communes et établissements posséderont au moins dix hectares de bois réunis ou divisés.

Cette disposition n'est pas applicable aux bois peuplés totalement d'arbres résineux. (Art. 93.)

111. Les dispositions des articles 94, 95, 96, 97, 98 et 99 sont relatives au choix des gardes et aux formalités qui les concernent.

112. La vente des coupes, tant ordinaires qu'extraordinaires, est faite à la diligence des agents forestiers, dans les mêmes formes que pour les bois de l'État, et en présence du maire ou d'un adjoint pour les bois des communes, et de l'un des administrateurs pour ceux des établissements publics, sans toutefois que l'absence des maires ou administrateurs, dûment appelés, entraîne la nullité des opérations.

Toute vente ou coupe effectuée par l'ordre des maires ou des administrateurs des établissements publics, en contravention au présent article, donne lieu contre eux à une amende, qui ne peut être au-dessous de 300 fr., ni excéder 6,000 fr., sans préjudice des dommages-intérêts qui pourraient être dus aux communes ou établissements publics.

Les ventes ainsi effectuées doivent être déclarées nulles. (Art. 100.)

113. Lors des adjudications des coupes ordinaires et extraordinaires des bois des établissements publics, il est fait réserve, en faveur de ces établissements, et suivant les formes prescrites par l'autorité administrative, tant de la quantité de bois de chauffage que de construction, nécessaire pour leur propre usage. (Art. 102.)

Les bois ainsi délivrés ne peuvent être employés qu'à la destination pour laquelle ils auront

été réservés, et ne peuvent être vendus ni échangés sans autorisation du préfet. Les administrateurs qui auraient consenti de pareilles ventes ou échanges sont passibles d'une amende égale à la valeur de ces bois, et de la restitution, au profit de l'établissement public, de ces mêmes bois ou de leur valeur; les ventes ou échanges doivent en outre être déclarés nuls. (Art. 102.)

114. Les coupes des bois communaux destinées à être partagées en nature pour l'affouage des habitants, ne peuvent avoir lieu qu'après que la délivrance en a été préalablement faite par les agents forestiers, et en suivant les formes prescrites par l'article 81 pour l'exploitation des coupes affouagères délivrées aux communes dans les bois de l'État; le tout sous les peines portées par ledit article (1). (Art. 103.)

Les actes relatifs aux coupes et arbres délivrés en exécution des deux articles précédents, sont visés pour timbre et enregistrés en débet, et il n'y a lieu à la perception des droits que dans le cas de poursuites devant les tribunaux. (Article 104.)

115. S'il n'y a titre ou usage contraire, le partage des bois d'affouage doit être fait par feu, c'est-à-dire par chef de famille ayant domicile réel et fixe dans la commune; s'il n'y a également titre ou usage contraire, la valeur des arbres délivrés pour constructions ou réparations est estimée à dire d'experts, et payée à la commune. (Art. 105.)

116. Les art. 106, 107, 108 et 109 règlent le mode d'indemnité due au gouvernement pour les frais d'administration des bois des communes et des établissements publics (2).

117. La faculté accordée au gouvernement par l'article 63, d'affranchir les forêts de l'État de tous droits d'usage en bois par la voie du cantonnement, est applicable, sous les mêmes conditions, aux communes et aux établissements publics, pour les bois qui leur appartiennent. (Art. 111.)

(1) Voyez *supra*, nos 89 et suivants.

(2) Une loi du 6 juin 1827 a suspendu jusqu'au 1er janvier 1829 l'exécution des deux premiers de ces articles.

118. Toutes les dispositions de la huitième section du chapitre III du Code, sur l'exercice des droits d'usage dans les bois de l'État, sont applicables à la jouissance des communes et des établissements publics dans leurs propres bois, ainsi qu'aux droits d'usage dont ces mêmes bois pourraient être grevés, sauf les modifications résultant du présent titre, et à l'exception des art. 61, 73, 74, 83 et 84. (Art. 112.)

119. D'après cela, les habitants ne peuvent ni vendre ni échanger le bois qui leur est délivré (3).

120. Ainsi encore, aucun droit d'usage ne peut être établi à l'avenir sur les bois et forêts appartenant aux communes et établissements publics.

121. Et à raison de la disposition finale de cet article 112, qui excepte les bois des communes et établissements publics de l'application de l'arcle 61, la déchéance prononcée par les lois de ventôse an XI et an XII contre les prétendants à des droits d'usage sur les bois de l'État, faute d'avoir produit leurs titres dans le délai fixé (4), ne saurait être invoquée contre les communes et établissements publics, relativement à leurs propres bois, ni par les communes et établissements contre les particuliers usagers. En conséquence, les uns et les autres pourront justifier de leurs droits d'après les règles ordinaires, c'est-à-dire tant par titres que par possession suffisante, dans les cas où le droit a pu s'acquérir par prescription (5).

§ V.

Des droits d'usage en bois dans les bois des particuliers.

122. Les droits d'usage dans les bois des particuliers au profit d'autres particuliers, ou d'une commune ou établissement public, se règlent aussi par le titre constitutif, et reçoivent, d'après ses dispositions, plus ou moins d'étendue. (Article 628, Cod. civ.)

123. Ils sont néanmoins soumis à plusieurs règles établies par le nouveau Code forestier.

(3) Voyez *supra*, no 91.

(4) Voyez *supra*, nos 83 et 84.

(5) Voyez *supra*, no 7.

Ainsi, les usagers sont tenus de demander la délivrance des bois auxquels ils ont droit. (Article 120-79.)

124. Ceux qui n'ont que le droit de prendre le bois mort, sec et gisant, ne peuvent se servir de crochets ni d'aucun ferrement pour exercer ce droit. (Art. 120-80.)

125. La disposition de l'article 83, qui interdit, sous les peines portées audit article, aux usagers dans les bois de l'État, de vendre ou d'échanger les bois qui leur sont délivrés, et de les employer à aucune autre destination que celle pour laquelle l'usage a été accordé, est applicable aussi aux usages dans les bois des particuliers. (Même art. 120.)

Les défenses dont il a été parlé au nº 95 leur sont également applicables. (*Ibid.*)

126. En cas de contestation entre le propriétaire et l'usager, il est statué par les tribunaux. (Art. 121.)

127. Enfin, les particuliers dont les bois sont soumis à des droits d'usage, jouissent, de la même manière que le gouvernement, et sous les conditions déterminées par l'art. 63, de la faculté d'affranchir leurs forêts de tous droits d'usage en bois. (Art. 118.)

Ainsi, la réciprocité du droit de demander le cantonnement, établie par la loi du 28 août 1792, citée plus haut, nº 68, n'a plus lieu quant aux usages en bois, puisque cet article se réfère à l'art. 63, qui refuse positivement aux usagers le droit de l'exiger.

SECTION III.

DES DROITS DE PACAGE ET DE PARCOURS DANS LES BOIS ET FORÊTS EN GÉNÉRAL.

SOMMAIRE.

128. *L'action en affranchissement des droits de pacage dans les bois de l'État, moyennant une indemnité, appartient au gouvernement.*
129. *L'exercice de ces droits peut aussi être réduit par l'administration à l'état et à la possibilité des forêts.*
130. *Durée de la glandée et du pacage.*
131. *Le pacage ne s'exerce que dans les bois déclarés défensables.*
132. *L'administration fixe, d'après les droits des usagers, le nombre des bestiaux admis au pâturage.*
133. *Les usagers ne peuvent jouir de leurs droits que pour les bestiaux à leur usage, et non pour ceux dont ils font un commerce.*
134. *Il n'est pas permis aux usagers, nonobstant tout titre ou possession contraires, d'introduire dans les bois des chèvres, brebis ou moutons.*
135. *Peines portées contre les contraventions aux règles précédentes.*
136. *Indication de diverses dispositions relatives à la désignation et à la garde des bestiaux.*
137. *Aucun droit de pâturage ne peut être établi à l'avenir dans les bois de l'État.*
138. *Les dispositions relatives aux droits de pâturage dans les bois de l'État, sont applicables aussi aux mêmes droits exercés dans les bois de la couronne et dans ceux possédés à titre d'apanage ou de majorats réversibles à l'État.*
139. *Il en est de même, en général, quant à l'exercice du pâturage dans les bois des communes et établissements publics.*
140. *Des droits de pâturage dans les bois des particuliers: dispositions générales qui leur sont applicables.*

128. L'action en affranchissement, par la voie du cantonnement, des droits d'usage en bois dans les forêts de l'État, n'a pas lieu pour les simples droits de pacage; mais le pâturage peut être racheté moyennant une indemnité qui sera réglée de gré à gré, ou, en cas de contestation, par les tribunaux. (Art. 64.)

Néanmoins le rachat ne peut être requis par l'administration dans les lieux où l'exercice du droit de pâturage est devenu d'une absolue nécessité pour les habitants d'une ou plusieurs communes. Si cette nécessité est contestée par l'administration forestière, les parties se pourvoiront devant le conseil de préfecture, qui, après une enquête *de commodo et incommodo*,

statuera, sauf le recours au conseil d'État. (Art. 64.)

129. L'exercice des droits d'usage en pacage peut aussi, comme ceux en bois, être réduit par l'administration, suivant l'état et la possibilité des forêts. (Art. 65.)

En cas de contestation sur la possibilité et l'état des forêts, il y a lieu à recours au conseil de préfecture. (*Ibid.*)

130. La durée de la glandée et du pacage ne peut excéder trois mois.

L'époque de l'ouverture en est fixée chaque année par l'administration forestière. (Art. 66.)

131. Quels que soient l'âge et l'essence des bois, les usagers ne peuvent exercer leurs droits de pâturage et de pacage que dans les cantons qui auront été déclarés défensables par l'administration forestière, sauf le recours au conseil de préfecture, et ce, nonobstant toute possession contraire. (*Ibid.*)

132. L'administration forestière fixe, d'après les droits des usagers, le nombre des porcs qui pourront être mis en pacage, et des bestiaux qui pourront être admis au pâturage. (Art. 68.)

Chaque année, avant le 1er mars pour le pâturage, et un mois avant l'époque fixée par l'administration forestière pour l'ouverture de la glandée et du panage, les agents forestiers doivent faire connaître aux communes et aux particuliers jouissant des droits d'usage, les cantons déclarés défensables, et le nombre des bestiaux qui seront admis au pâturage et au panage.

Les maires sont tenus d'en faire la publication dans les communes usagères. (Art. 69.)

133. Les usagers ne peuvent jouir de leurs droits de pâturage et de panage que pour les bestiaux à leur propre usage, et non pour ceux dont ils font commerce, à peine d'une amende double de celle qui est prononcée par l'art. 199. (Art. 70.)

134. Il est défendu à tous usagers, nonobstant tout titre et possession contraires, de conduire ou faire conduire des chèvres, brebis ou moutons dans les forêts ou sur les terrains qui en dépendent, à peine, contre les propriétaires, d'une amende double de celle qui est prononcée par l'article 199, et contre les pâtres ou bergers, de quinze francs d'amende. En cas de récidive, le pâtre sera condamné, outre l'amende, à un emprisonnement de cinq à quinze jours. (Art. 78.)

Ceux qui auraient acquis le pacage ci-dessus par titre ou possession, peuvent réclamer une indemnité, qui est réglée, en cas de contestation, par les tribunaux; et le pacage des moutons peut être autorisé, dans certaines localités, en vertu d'ordonnances royales. (*Ibid.*)

135. Les peines portées par cet article 199 sont, pour les animaux trouvés de jour en délit dans les bois de dix ans et au-dessus, savoir : d'une amende d'un franc pour un cochon, de deux francs pour une bête à laine, de trois francs pour un cheval ou autre bête de somme, de quatre francs pour une chèvre, et de cinq francs pour un bœuf, une vache ou un veau.

L'amende est double si les bois ont moins de dix ans ; sans préjudice, s'il y a lieu, des dommages-intérêts.

136. Les articles 71, 72, 73, 74, 75 et 76 renferment les dispositions relatives à la marque, à la conduite et à la garde des bestiaux. Ces dispositions, que nous ne faisons qu'indiquer, établissent une bonne police dans l'exercice des droits de pacage ou de parcours.

137. Aucun droit d'usage en parcours ou pâturage ne peut non plus être établi à l'avenir sur les bois de l'État. (Art. 62.)

138. Les dispositions précédentes sont applicables aux usages en pâturage dans les bois qui font partie du domaine de la couronne, et dans ceux qui sont possédés à titre d'apanage. (Art. 88 et 89.)

139. Il en est de même, en général, quant à l'exercice du pâturage dans les bois des communes et des établissements publics, par les habitants de la communauté sur ses propres bois, ou par des tiers qui auraient des droits d'usage. (Art. 112.)

140. A l'égard des droits de pâturage ou de parcours dans les bois des particuliers, ils s'exercent conformément au titre constitutif.

Toutefois ces droits ne peuvent être exercés que dans les parties de bois déclarées défensables par l'administration forestière, et suivant l'état et la possibilité des forêts, reconnus et constatés par la même administration. (Art. 119.)

Les chemins par lesquels les bestiaux devront passer pour aller au pâturage et pour en revenir sont désignés par le propriétaire. (*Ibid.*)

La disposition de l'article 64, relative à l'affranchissement, moyennant une indemnité, des droits de pâturage dans les bois de l'État ;

Celle de l'art. 66, § 1er, touchant la durée de la glandée et du pacage ;

Celle de l'art. 70, qui veut que les usagers ne puissent jouir de leurs droits de pâturage et de pacage que pour les bestiaux à leur propre usage et non pour ceux dont ils font commerce ;

Celles des articles 72, 73, 75 et 76, relatives à la conduite, à la marque et à la garde des bestiaux ;

Enfin, celles des articles 57 et 83, concernant la défense faite aux usagers d'enlever aucune production des forêts autre que les bois délivrés, sont applicables aussi aux droits de pâturage dans les bois des particuliers, lesquels y exercent, à cet effet, les mêmes droits et la même surveillance que les agents du gouvernement dans les forêts soumises au régime forestier. (Art. 120.)

TITRE IV.

DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE.

141. *Les servitudes et services fonciers sont une autre modification de la propriété.*
142. *Les servitudes maintenues par le Code n'ont rien de commun avec l'ancienne servitude de* mainmorte.
143. *Les rédacteurs du Code, en rédigeant le titre des servitudes, n'ont considéré que les rapports que les fonds peuvent avoir entre eux ou avec le bien général.*
144. *Trois classes de servitudes. D'où ils ont fait dériver celles de la première classe.*
145. *D'où ils ont tiré celles de la seconde.*
146. *Quelle est la source de celles de la troisième.*
147. *Division générale de la matière.*
148. *Dans quelques cas l'on a sur un fonds un droit qui a quelque rapport avec le droit de servitude, et qui cependant n'est pas tel.*
149. *Il est aussi des cas où il existe entre deux héritages appartenant à différents maîtres une espèce de servitude réciproque, qui s'oppose à ce que l'un des propriétaires puisse exiger le partage de l'objet commun.*

141. Une autre modification du droit de propriété, la plus importante de toutes peut-être, si l'on considère son utilité générale, c'est l'affectation d'un fonds connue sous le nom de *servitude*, c'est-à-dire la charge imposée à un héritage pour l'usage ou l'utilité d'un autre héritage appartenant à un autre propriétaire. (Art. 637) (1).

Malgré la juste défaveur attachée à cette dénomination, on a cru devoir la conserver comme traditionnelle et de doctrine, et parce qu'elle rend d'ailleurs parfaitement la pensée de la loi ; car lorsqu'il y a servitude, un fonds est assujetti à un autre fonds, sans toutefois qu'il en puisse résulter une prééminence quelconque, soit politique, soit honorifique, en faveur du maître de ce dernier héritage sur le maître du premier. (Art. 638) (2).

142. Cet assujettissement, au reste, n'a rien de commun avec ce véritable asservissement des propriétés, et même des personnes, connu anciennement sous le nom de *mainmorte*, qui existait dans quelques contrées de la France, et qui subsiste encore, sous d'autres dénominations, dans quelques États de l'Europe : institution dégradante, qui, en attachant l'homme à la glèbe, ne le considérait presque que comme un agent de labourage, destiné lui-même à être possédé avec le champ cultivé par ses mains : « Le « territoire de la France, porte la loi du 6 oc« tobre 1791, est libre comme les personnes « qui l'habitent. Ainsi, toute propriété territo-

(1) Code de Hollande, art. 684.

(2) Code de Hollande, art. 685.

« riale ne peut être sujette envers les particu-
« liers, qu'aux redevances et aux charges dont
« la convention n'est pas défendue par la loi, et
« envers la nation, qu'aux contributions publiques
« établies par le corps législatif, et aux sacri-
« fices que peut exiger le bien général, sous la
« condition d'une juste et préalable indemnité. »

143. Placés dans des circonstances plus favorables que leurs prédécesseurs, libres de toute considération politique, et n'ayant à régler que de purs intérêts civils en rédigeant la loi sur cette matière, les rédacteurs du Code se sont occupés de rechercher avec attention les rapports que les diverses propriétés foncières peuvent avoir entre elles, ou avec l'intérêt général, sans égard à leurs possesseurs, et, partant de ce principe, ils ont considéré les servitudes ou services fonciers (car ces expressions sont synonymes) sous un triple point de vue. Cette idée simple et vraie a tracé la division générale du sujet.

144. Ainsi, s'est-on dit, de tout temps les fonds inférieurs ont été assujettis à recevoir les eaux qui découlent naturellement des fonds supérieurs (1). C'est là une loi de la nature, mais qui cependant veut être confirmée par la loi civile, afin d'en régler et déterminer les effets : de là, la première espèce de servitudes, qui, avec quelques autres plus ou moins analogues, sont appelées, dans le Code, *servitudes dérivant de la situation des lieux*, et forment l'objet du premier chapitre de ce titre.

145. La seconde classe se compose des *servitudes établies par la loi;* mais il faut convenir que ce qui les distingue des précédentes n'est cependant pas la situation des héritages qui en sont affectés; car à l'égard des unes comme à l'égard des autres, c'est véritablement cette situation qui est la cause première et principale de l'assujettissement. Toutes les servitudes dites *légales* sont en effet imposées sur des fonds voisins de ceux au profit desquels la loi les a établies, sans en excepter même celles qui ont pour objet l'intérêt public ou communal; et celles de la première classe, comme celles de la seconde, étant aussi réglées par la loi, on peut dire qu'elles sont réellement toutes légales.

Néanmoins on peut justifier cette division en considérant la nature des servitudes de chacune des deux classes sous le rapport des causes auxquelles elles doivent naissance.

Il est bien certain que les servitudes dérivant de la situation naturelle des lieux n'ont rien d'arbitraire, qu'elles n'appartiennent pas plus à une législation qu'à une autre, à tel peuple plutôt qu'à tel autre, et qu'elles ont été, depuis l'origine de la propriété, ce qu'elles sont aujourd'hui, sauf peut-être quelques légères différences, assurément peu importantes : c'est donc véritablement la nature qui les a écrites elle-même sur les héritages, tels qu'ils sont pour ainsi dire sortis de ses mains.

Mais il n'en est pas tout à fait ainsi des servitudes dites légales : la plupart s'appliquent, soit activement, soit passivement, à des héritages dont la main de l'homme a changé l'état naturel et primitif, et l'on sent qu'à cet égard les circonstances ont dû varier à l'infini; les règlements qui ont paru propres à faciliter le commerce et les communications dans un pays, à maintenir l'harmonie entre les voisins, à prévenir les empiétements, et surtout à empêcher les incommodités qui seraient résultées d'une agrégation formée sans précaution, n'ont pas dû être les mêmes dans d'autres contrées. Ces sortes de servitudes, quoique fondées sur des besoins et des intérêts généraux parfaitement sentis, ont donc quelque chose d'arbitraire, que n'ont pas les servitudes dérivant de la seule situation naturelle des lieux. La volonté de la loi se manifeste dans l'établissement de celles-là, tandis que la loi n'a fait que confirmer l'existence de celles-ci. Aussi, dans notre ancienne France seulement, combien de statuts et d'usages différents sur cet objet! Ce qu'admettait une coutume, la coutume voisine le rejetait, ou ne l'admettait qu'avec des modifications plus ou moins importantes.

146. Enfin le désir, d'une part, de rendre les fonds plus fertiles ou plus commodes, et, d'autre

(1) *Semper enim hanc esse servitutem inferiorum prædiorum, ut natura profluentem aquam excipiant.* L. 1, § 22, ff. *de Aqua et aquæ pluviæ arcendæ.* Et dans le § suivant, il est dit aussi : *Semper inferiorem superiori servire.*

part, le libre exercice du droit de propriété, ont porté les propriétaires eux-mêmes à faire entre eux les conventions et les traités qui pouvaient conduire à ce but : de là, les servitudes établies par le fait de l'homme, dont l'origine remonte à la possession des fonds, et que les lois ont toujours approuvées et maintenues, quand d'ailleurs leur exercice ne portait aucune atteinte à l'ordre public. C'est la troisième classe des servitudes dans l'ordre adopté par le Code, et ce sont les véritables servitudes ; car pour celles des deux premières classes, ce sont des engagements qui se forment par le seul fait du voisinage, plutôt que de véritables servitudes ; ce sont de simples modes d'exercice du droit de propriété, plutôt que de véritables charges imposées aux propriétés elles-mêmes. Les fonds, malgré ces obligations de voisinage, ne sont pas moins réellement libres et francs de servitudes : tellement que la vente qui serait faite d'un fonds avec la déclaration qu'*il est franc de toute servitude quelconque*, ne donnerait pas à l'acheteur le droit de recourir contre le vendeur, à raison de l'exercice, par l'État ou par un voisin, d'une servitude de l'une ou l'autre des deux premières classes, non-seulement parce qu'il y aurait lieu de dire que, nonobstant la généralité des termes de la clause, cette servitude a été exceptée, mais encore mieux parce que ce n'est réellement pas une servitude, mais bien une simple modification du droit de propriété, ou plutôt un mode de son exercice, tandis que le vendeur n'a garanti la franchise du fonds vendu que sous le rapport des servitudes qui auraient été imposées par lui ou ses auteurs : il n'a pu vouloir dire autre chose.

Est-ce, en effet, une servitude véritable, que l'obligation du propriétaire inférieur de recevoir les eaux qui découlent naturellement du fonds supérieur?

Est-ce aussi une servitude, une servitude négative, dont les fonds voisins sont réciproquement tenus les uns envers les autres, que cette prohibition d'établir, sans le consentement du voisin, des jours libres, ou de planter des arbres à une distance moindre que celle fixée par la loi ?

On tient communément pour l'affirmative, en s'armant des termes de la loi, et on en tire des conséquences que nous aurons l'occasion d'exposer et de combattre dans le cours de l'explication du sujet; mais il nous semble que ces divers *engagements*, résultant du seul fait du voisinage, comme les appelle le Code lui-même (article 1370) (1), ne sont, en réalité, que des modes d'exercice du droit de propriété, que la loi a ainsi fixés, afin que l'un, en usant de sa chose suivant son libre arbitre, ne nuisît pas à l'autre.

Le propriétaire supérieur, en laissant ses eaux s'écouler naturellement sur le fonds inférieur, agit *jure dominii*, et non *jure servitutis;* à la différence du cas où il lui serait loisible de les y faire écouler au moyen de travaux faits de main d'homme, et autrement que suivant leur cours naturel : alors il y aurait véritablement servitude sur le fonds inférieur. Mais que l'on suppose que le propriétaire inférieur est convenu avec le supérieur que celui-ci, au moyen de digues, retiendra les eaux chez lui et empêchera qu'elles ne s'écoulent sur le fonds inférieur : assurément ce n'est pas là une simple remise de la prétendue servitude dont ce fonds était grevé, c'est plutôt la constitution d'une servitude véritable sur le fonds supérieur, qui ne jouira plus désormais de tous ses attributs naturels, qui ne sera plus avec sa condition primitive, qui sera, en un mot, sorti de la classe générale pour être soumis à un régime particulier, résultat de la volonté des contractants. D'après cela, comment pourrait-on voir une servitude véritable, dans le sens qu'on attache à ce mot, quand il y aurait cependant réellement servitude dans le fait qui la détruirait, dans le cas diamétralement opposé ? Lorsqu'un propriétaire convient avec le voisin qu'il ne bâtira pas sur son terrain, ou qu'il ne bâtira pas au delà de telle hauteur, il est bien clair qu'il grève son fonds de la servitude appelée, dans la doctrine, *non altius tollendi ;* mais le voisin n'acquiert pas par là le droit de faire sur son fonds ce que bon lui semblera, car il l'avait déjà, sauf les dispositions relatives à la distance à observer pour avoir des jours libres sur l'héritage d'autrui, et à la plantation des arbres. Ce voisin n'acquiert donc uniquement que le droit de s'opposer à ce que le concédant bâtisse, ou bâtisse au delà de la hauteur convenue, mais il acquiert par cela même un droit de servitude sur lui. Le concédant avait auparavant le droit de bâtir, il l'a perdu par la

(1) Code de Hollande, art. 1388 et 1389.

convention ; de même le propriétaire supérieur avait le droit de laisser écouler ses eaux sur les fonds inférieurs, et il ne l'a plus. Tous deux ont grevé leurs fonds d'une servitude véritable, d'une servitude négative ; mais il n'en faut pas conclure que les autres ont affranchi les leurs d'une servitude préexistante.

Dans la loi 1, § 22, ff. *de Aqua, etc.*, que nous avons citée plus haut, le jurisconsulte dit bien, il est vrai, que c'est une *servitude* que la *nature* impose aux fonds inférieurs, de recevoir les eaux des fonds supérieurs ; mais il ne parle ainsi que d'une manière figurée, car si c'était réellement une servitude, le propriétaire supérieur aurait l'action appelée *confessoire*, si l'inférieur se refusait à recevoir les eaux ; tandis qu'il a contre lui une action spéciale, introduite par l'édit du préteur, et appelée *actio aquæ pluviæ* (1), laquelle n'est pas la même que l'action confessoire.

Quant à la prohibition de pratiquer des jours libres, ou de planter des arbres à une distance moindre que celle qui est prescrite par la loi, nous démontrerons dans la suite que ce n'est pas là non plus une véritable servitude imposée sur les fonds, mais une mesure d'intérêt général, un mode d'exercice du droit de propriété, pour empêcher de nuire au voisin. Le droit de propriété consiste bien sans doute dans la faculté de faire de sa chose ce qu'on croit devoir en faire, mais avec cette importante restriction (qui n'est cependant pas une servitude), pourvu qu'on n'en fasse pas un usage nuisible à autrui. (Art. 1382.)

147. Ces observations, au surplus, ne nous portent point à rejeter les dénominations de *servitudes naturelles* et de *servitudes légales* adoptées par le Code ; il suffit de bien s'entendre sur le sens que la loi elle-même attache à chacune de ces expressions, relativement aux effets de ces diverses espèces de servitudes.

Nous suivrons donc la division générale du Code.

Ainsi, dans un premier chapitre, nous traiterons de ce qui est relatif aux servitudes dérivant de la situation naturelle des lieux ;

Dans un second, des servitudes établies par la loi ;

Et dans un troisième, de celles qui sont établies par le fait de l'homme.

C'est lors de l'explication de ces dernières que nous exposerons les vrais caractères et les effets des servitudes.

148. Il importe toutefois de remarquer que, dans quelques cas, on a sur un fonds un droit qui semble au premier coup d'œil un droit de servitude, et qui cependant n'est pas tel, mais bien un véritable droit de propriété : dès lors les règles sur les servitudes cessent d'être applicables, et même quelquefois aussi celles sur la propriété commune ne le sont pas en tout point.

Sans parler des mines, dont la propriété est tout à fait distincte de celle de la superficie (2), on peut acquérir, par titre ou par prescription, un souterrain sous le bâtiment d'autrui, ou toute autre partie du bâtiment (art. 553) ; ce souterrain n'est pas possédé à titre de servitude, quand bien même celui qui l'a ainsi acquis le ferait servir à l'usage d'un héritage qu'il posséderait tout contre, comme serait une fosse d'aisance, un puits, une cave : c'est une propriété parfaite et totalement distincte de celle sous laquelle il se trouve. Il n'y a non plus, à cet égard, aucune communauté entre les deux propriétaires, par conséquent il n'y a lieu ni à partage ni à licitation, pour faire cesser une indivision qui n'existe pas.

149. De même, il arrive quelquefois que, dans le partage d'une maison ou autre édifice, on convient que la porte d'entrée et l'allée seront communes aux copartageants, parce que la construction d'une autre porte et d'une autre allée serait dispendieuse, ou même impraticable : dans ces cas, il y a réellement communauté entre les parties quant à ces objets ; et, par exception au principe que nul ne peut être contraint de rester dans l'indivision, et que le partage peut toujours être provoqué, nonobstant conventions ou dispositions à ce contraires (art. 815), il ne pourra cependant pas l'être dans l'espèce. Il n'y aura pas lieu non plus à la licitation forcée, qui est aussi une manière de sortir de l'indivision ; car, comme le dit très-bien le jurisconsulte Paul, dans la L. 19, § 1, ff. *Communi divid.*, au sujet de l'en-

(1) L. 1, §§ 2 et 13, ff. *de Aqua et aquæ pluv. arcend.*

(2) *Voyez* tome précédent, nº 1203.

trée ou vestibule servant à deux habitations : *Arbiter communi dividundo invito utrolibet dari non debet, quia qui de vestibulo liceri cogitur, necesse habet interdum totarum ædium pretium facere, si alias aditum non habet.*

L'indivision forcée résulte ici de la nature des choses, et il en doit être de même toutes les fois qu'entre deux propriétés et deux établissements principaux, possédés séparément par deux propriétaires, il existe un objet accessoire, une dépendance tellement nécessaire à l'exploitation des deux propriétés principales, que, sans sa possession et jouissance commune, lesdites propriétés principales seraient de nul usage ou d'un usage notablement détérioré. Alors, pour ne pas sacrifier le principal à l'accessoire, il n'y a pas lieu à partage ou à licitation forcée de cet accessoire, et les deux propriétaires sont censés demeurer, à cet égard, moins dans une indivision que dans une espèce de servitude réciproque l'un envers l'autre (1). C'est, comme on le voit, une question de fait, subordonnée à la nature de la chose dont le partage serait demandé, à la disposition des lieux et au rôle que jouerait cette chose par rapport à une autre, dont elle ne serait qu'une simple dépendance ; en sorte que les principes ci-dessus seraient, selon nous, applicables aussi au cas où il s'agirait d'une cour servant à deux bâtiments contigus ou à plusieurs étages d'un même bâtiment appartenant à divers propriétaires et dont le peu d'étendue ne permettrait pas la division sans grand dommage pour le défendeur à la demande en partage, qui ne pourrait ainsi se servir qu'avec beaucoup d'incommodité de la partie qui lui écherrait, et quelquefois pas du tout. A plus forte raison, la demande à fin de licitation serait-elle encore plus mal fondée, suivant l'excellent motif exprimé par le jurisconsulte romain. Mais si la cour était spacieuse, que la division pût s'en faire sans dommage grave pour la partie qui ne veut pas y consentir, on serait dans le cas de la règle *Nul ne peut être contraint à rester dans l'indivision.*

CHAPITRE PREMIER.

DES SERVITUDES QUI DÉRIVENT DE LA SITUATION DES LIEUX.

SOMMAIRE.

150. *Division du chapitre.*

150. Ce premier chapitre de la matière comprend trois objets distincts : ce qui concerne les eaux, le bornage, le droit de se clore et celui de parcours.

Ce sera le sujet des trois sections suivantes.

SECTION PREMIÈRE.

SOMMAIRE.

151. *Division de la section.*

§ Ier.

De l'assujettissement des fonds inférieurs, de recevoir les eaux qui découlent naturellement des fonds supérieurs.

152. *Texte de l'art. 640.*
153. *De quelles dispositions du droit romain il a été tiré : à quelles espèces d'eaux il s'applique.*
154. *Il ne s'applique pas aux eaux de ménage ou de fabrique, ni à celles qui découlent des toits.*
155. *Le propriétaire supérieur peut retenir les eaux chez lui.*
156. *Quand bien même, en creusant dans son terrain, il couperait la veine d'eau qui alimente le puits du voisin, celui-ci n'aurait pas d'action contre lui.*
157. *Le propriétaire supérieur peut toujours rete-*

(1) *Voyez* l'arrêt de la cour de cassat. du 10 décembre 1823. Dans l'espèce, des copropriétaires considérant un endroit dit *le bas du moulin et ses issues* comme une dépendance nécessaire à l'exploitation de deux propriétés, que deux d'entre eux allaient posséder séparément, stipulèrent, par un acte de partage, que ledit bas du moulin et ses issues demeureraient toujours indivis entre les deux possesseurs de ces mêmes propriétés. Nonobstant cette convention, l'un d'eux demanda le partage de ces objets ; mais il a succombé en première instance, en appel et devant la cour de cassation.

Nous ferons remarquer que ce n'a pas été parce qu'il était convenu de demeurer toujours dans l'indivision ; car si, de leur nature, ces choses eussent pu être la matière d'une action en partage ou en licitation, la convention, d'après l'art. 815, n'y aurait apporté aucun obstacle, puisque la loi la répute non avenue comme contraire à l'ordre public, attendu que l'indivision est une source de procès et de difficultés. On doit donc croire que, dans l'espèce, les tribunaux auraient décidé de la même manière, quoiqu'il n'y eût pas eu de stipulation à ce sujet entre les parties.

nir les eaux quand même l'inférieur en aurait toujours joui, s'il n'y avait constitution de servitude.

158. *Il en serait ainsi lors même que le propriétaire inférieur aurait pratiqué dans son fonds, de temps immémorial, un fossé pour recevoir les eaux.*

159. *Les eaux pluviales qui coulent sur un chemin public appartiennent au premier occupant, nonobstant la jouissance même immémoriale qu'en aurait eue le propriétaire inférieur.*

160. *Ces principes se modifient dans le cas où il y a destination du père de famille.*

161. *Le propriétaire inférieur, dans les cas ordinaires, est obligé de souffrir le curement du fossé qui est chez lui, par où s'écoulent les eaux du fonds supérieur.*

162. *La prohibition imposée aux propriétaires inférieurs, de rien faire qui empêche l'écoulement des eaux du fonds supérieur, ne s'applique pas aux eaux des fleuves, rivières et torrents : chacun peut se garantir de leurs ravages, en se conformant aux règlements.*

163. Quid *à l'égard des eaux d'un marais?*

164. *Le propriétaire supérieur ne peut, sans une constitution de servitude, rien faire qui aggrave la condition du fonds inférieur.*

165. *Il peut néanmoins faire les travaux nécessaires ou même simplement utiles à la culture de son fonds.*

166. *Le propriétaire supérieur ne peut, sans l'assentiment de l'inférieur, diriger sur le fonds de celui-ci l'eau d'une source qui coulait d'un autre côté, ou qu'il vient de découvrir;*

167. *Ni, en convertissant son champ en un étang, faire écouler, pour la vidange de l'étang, les eaux sur les terrains inférieurs, d'une manière différente que par le passé.*

168. *Quand l'un des propriétaires a fait ce qu'il ne devait pas faire, l'action est ouverte à l'autre.*

169. *Celui-ci peut agir, dans l'année, par voie de complainte.*

170. *Quand l'auteur de l'ouvrage interdit n'est pas connu, il y a présomption qu'il a été fait par celui à qui il devait profiter.*

171. *Dispositions des lois XIX et XX, ff.* de Aqua et aquæ pluv. arcend.

172. *Comment elles doivent être entendues sous le Code.*

173. *Suite.*

§ II.

Du droit de celui qui a une source dans son fonds.

174. *Celui qui a une source dans son fonds peut en user à sa volonté.*

175. *Le principe souffre deux exceptions.*

176. *La première a lieu quand un tiers a acquis droit à la source.*

177. *Quelle est la durée de la jouissance requise pour que ce droit s'acquière par prescription.*

178. *Aujourd'hui la prescription ne pourrait faire acquérir un droit de puisage.*

179. *La simple jouissance de l'eau pendant trente ans, sans autre fait, ne ferait pas acquérir de droit sur la source : il faudrait pour cela que des travaux eussent été faits pour faciliter le cours et la chute de l'eau dans le fonds inférieur.*

180. *Ces travaux devraient être apparents, et faits par celui qui réclame la servitude.*

181. *Devraient-ils être faits sur le fonds supérieur, ou sur l'un ou l'autre fonds indifféremment?*

182. *En principe, la concession que je fais à l'un d'user de l'eau de ma source, ne m'empêche pas d'en faire une pareille à un autre.*

183. *Décision de la L. IV, ff.* de Aqua quotid. et æstiva, *sur ce point, et dans quel sens elle doit être entendue.*

184. *Celui à qui une prise d'eau a été concédée ne peut, sans l'assentiment du concédant, y faire participer un autre propriétaire, ni en user pour un autre fonds.*

185. *Il n'est pas nécessaire, pour que le droit à la source puisse s'acquérir par prescription, que le fonds qui a joui de l'eau joigne celui dans lequel est la source.*

186. *S'il ne le joint pas, et que le fonds intermédiaire soit à un tiers, il y aura, sur ce dernier, la servitude de* conduite d'eau, *et sur le premier, la servitude de* prise d'eau.

187. *La seconde exception apportée au principe a lieu quand la source fournit aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire.*

188. *Mais il est dû indemnité au propriétaire de la source.*

189. *La prescription éteint le droit à l'indemnité, et l'usage à l'eau n'en est pas moins continué.*

190. *Le maître du fonds où est la source en conserve la propriété, nonobstant l'usage des habitants.*

§ III.

Des eaux dépendant du domaine public.

§ IV.

De l'usage aux eaux qui bordent ou traversent un héritage.

151. Nous traiterons, dans un premier paragraphe, de l'assujettissement des fonds inférieurs à recevoir les eaux pluviales et de source qui découlent naturellement des fonds supérieurs ;

Dans un second, du droit qu'a celui dans le fonds duquel se trouve une source, d'en user à sa volonté ;

Dans un troisième, des eaux dépendant du domaine public ;

Enfin dans un quatrième, de l'usage aux eaux qui bordent ou traversent un héritage.

§ Ier.

De l'assujettissement des fonds inférieurs à recevoir les eaux pluviales et de source qui découlent naturellement des fonds supérieurs.

152. Suivant l'art. 640 (1), « les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus « élevés, à recevoir les eaux qui en découlent « naturellement sans que la main de l'homme y « ait contribué.

« Le propriétaire inférieur ne peut point élever de digues qui empêchent cet écoulement.

(1) Code de Hollande, art. 673.

« Le propriétaire supérieur ne peut rien faire « qui aggrave la servitude du fonds inférieur. »

153. Ces dispositions sont puisées dans le titre du Digeste, *de Aqua et aquæ pluviæ arcendæ*, que nous aurons souvent occasion de citer (1). Elles sont non-seulement applicables aux simples eaux pluviales, et à celles qui découlent des terres par infiltration, ou qui proviennent de la fonte des neiges, mais encore aux eaux de source, dont la direction et l'immission dans le fonds inférieur est l'ouvrage de la nature ou du temps.

154. Mais elles ne le sont point aux eaux de ménage, de fabrique ou autres semblables, ni même à celles qui découlent des toits; car il y a là le fait de l'homme. L'article 681 (2) veut que tout propriétaire établisse des toits de manière que les eaux coulent sur son terrain, ou sur la voie publique, sans pouvoir les faire verser sur le fonds de son voisin, parce qu'elles y occasionneraient en effet des dégradations.

155. Comme ces dispositions sont généralement portées en faveur du propriétaire du fonds supérieur, il peut retenir les eaux pour en user à sa volonté, quand bien même elles ne lui seraient d'aucune utilité : il ne ferait en cela qu'user du droit de propriété.

156. Et quand bien même en creusant dans son fonds, en y faisant des travaux, des plantations, ou des extractions de matières, il couperait ou intercepterait la veine d'eau souterraine qui alimenterait le puits ou la citerne du propriétaire inférieur, celui-ci n'aurait pas pour cela une action contre lui, car il n'aurait fait qu'un acte de propriété (3).

157. Ces principes sont applicables aux eaux pluviales et autres semblables, quoique le propriétaire du fonds inférieur en eût toujours joui, s'il n'y avait un titre constitutif de servitude qui lui donnât le droit de les prendre à la sortie du fonds supérieur.

158. Il serait même indifférent que ce dernier eût pratiqué dans son fonds un fossé, ou eût fait tout autre ouvrage pour recevoir les eaux et les diriger chez lui : la prescription ne saurait avoir lieu à l'égard des simples eaux pluviales, ou autres semblables. On doit supposer que si le propriétaire ne les a pas retenues, c'est parce qu'alors elles lui étaient inutiles : il n'a fait qu'user d'une pure faculté (4); c'était aussi une tolérance de sa part, que d'en laisser jouir le propriétaire inférieur : or, d'après l'article 2232, les actes de pure faculté, ainsi que ceux de simple tolérance, ne sauraient fonder ni possession ni prescription, comme nous l'enseigne Dumoulin avec son énergie accoutumée (5) : *In actibus qui dependent a libera facultate unius qui potest facere vel non, abstinentia vel observantia certi et determinati modi, quantumcunque diurna, non censetur implicare contrarium usum, nec inducit desuetudinem, vel præscriptionem ad alium modum utendi.*

Autre chose sont les facultés ou les droits résultant des contrats ou autres engagements; si on ne les exerce pas dans le délai déterminé par la loi, alors il y a prescription.

159. Ce que nous venons de dire est applicable aussi aux eaux pluviales qui coulent sur un chemin public : le propriétaire supérieur peut les détourner et les prendre exclusivement, encore que le propriétaire inférieur en eût usé de tout temps, parce qu'il n'est également censé en avoir joui que par suite de la faculté qu'avait le premier d'en user ou de n'en pas user (6).

M. Pardessus le décide comme nous, mais avec cette restriction : Pourvu, dit-il, que l'administration chargée de la police locale n'en ait fait la concession à personne (7).

(1) On peut aussi consulter les titres *de Aqua quotidiana et æstiva; de Fonte*, et *de Servitutibus prædiorum rusticorum.*

(2) Code de Hollande, art. 700.

(3) Cæpolla, *Tract. de Serv. præd. rustic.*, cap. 4, nº 32, *et sequent.*, édit. de 1759; et Dunod, *des Prescriptions*, part. 1, chap. 12. 3e édit. *Voyez* aussi la L. *Fluminum*, § *item videamus*, ff. *de Damno infecto*; L. *Proculus, in princip. eodem tit.*; et L. 1, § *denique*, ff. *de Aqua et aquæ pluviæ arcendæ.*

(4) Cæpolla, *loc. cit.*; Bretonnier sur Henrys, liv. IV, question 189; arrêt du 10 juillet 1619, cité par Bardet, tome I, liv. 1, chap. 63.

(5) Sur l'art. 1er de la Coutume de Paris, glos. 4, nº 15.

(6) Arrêt du 5 avril 1710, cité par Dunod, *loc. cit.*

(7) *Traité des servitudes*, nº 79, de l'édition Hauman. Cet auteur s'appuie du sentiment de Boutaric, *Traité des Droits seigneuriaux*, édit. de 1781, page 566; et de Julien, sur le *Statut de Provence*, tome I, page 308

Nous ne croyons même pas que cette restriction soit admissible : les eaux pluviales sont au premier occupant, et par droit de nature et par la disposition du droit civil ; conséquemment l'administration ne doit point pouvoir en priver ceux à qui elles appartiennent. La modification apportée par M. Pardessus ne devrait s'appliquer qu'aux eaux découlant d'une fontaine publique ou d'une source située dans un lieu appartenant à la commune : dans ce cas, nous concevons très-bien que l'administration dispose des eaux suivant le parti qui lui paraîtra le plus avantageux, sans qu'on puisse pour cela lui reprocher de nuire aux droits de tel ou tel particulier, car personne n'en a réellement en pareil cas, à moins encore qu'on n'en eût acquis par titre ou prescription ; mais dans les cas ordinaires de simples eaux pluviales, l'administration ne peut, par des motifs de préférence ou autres, en disposer au préjudice de celui à qui le droit commun les attribue ; et si elle le faisait, le propriétaire lésé dans ses droits pourrait incontestablement se pourvoir, même devant les tribunaux.

160. Si le propriétaire de deux fonds contigus, dans le plus élevé desquels existerait un fossé bien marqué pour conduire au fonds inférieur les eaux pluviales qui coulent dans le premier ou dans le chemin qui l'avoisine, ce qui se voit souvent quand l'un de ces fonds est une terre ou une vigne, et l'autre un pré ou un jardin, ou même quand ce sont deux parties de pré ; si, disons-nous, le propriétaire de ces héritages disposait de l'un d'eux, sans que le contrat contînt aucune convention relative à la jouissance des eaux, d'après l'art. 694 il y aurait servitude établie au profit du fonds inférieur, et le fonds supérieur devrait continuer le passage des eaux selon le mode usité au jour du contrat, c'est-à-dire en totalité ou en partie, suivant la manière dont en usait alors le disposant : il y aurait là destination du père de famille (art. 692 et 693) (1), car le fossé serait un signe de servitude apparente (article 689) (2), et la servitude serait réellement continue (quoiqu'il ne pleuve pas toujours), puisque le fait actuel de l'homme ne serait pas nécessaire pour son exercice (art. 688) (3). Or la destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes ; et comme il ne serait pas douteux qu'un titre constitutif d'une pareille servitude ne dût être exécuté, nous en concluons que la disposition pure et simple de l'un des deux fonds doit, dans l'espèce, faire maintenir les choses dans leur premier état. Alors il y aura réellement servitude de conduite d'eau.

161. Le propriétaire inférieur, avons-nous dit, est obligé de recevoir les eaux qui découlent naturellement du fonds supérieur, sans que la main de l'homme y ait contribué ; il est même obligé, lorsque le fossé qui se trouve dans son fonds ou sur la limite pour les recevoir est comblé de manière qu'elles refluent dans le fonds supérieur, ou de nettoyer le fossé, ou de souffrir du moins que le propriétaire de ce dernier fonds le nettoie (4). Comme, en sens inverse, si la digue qui se trouvait dans le fonds supérieur a été renversée, et que par là l'eau soit devenue plus dommageable au propriétaire inférieur, celui-ci peut se faire autoriser à rétablir la digue à ses frais, s'il n'en résulte aucun dommage pour le propriétaire supérieur (5).

162. La prohibition imposée au propriétaire inférieur de rien faire qui puisse empêcher l'écoulement des eaux du fonds supérieur, ne s'applique point aux eaux des fleuves et des rivières. Chacun peut, en se conformant d'ailleurs aux règlements, garantir ses propriétés par des digues ou autres travaux, quand même ces ouvrages feraient refluer les eaux sur les riverains opposés ou inférieurs ; car ils peuvent en faire autant de leur côté (6).

(1) Code de Hollande, art. 747.

(2) Ibid., art. 723.

(3) Ibid., art. 724.

(4) C'est la décision des §§ 1 et 6 de la L. 2, ff. *de Aqua et aquæ pluviæ arcendæ*. M. Pardessus, contre l'avis de M. Delvincourt et la décision de la loi romaine, met les frais de curage à la charge du propriétaire inférieur, quoiqu'il ne soit pas dans la nature des servitudes que le propriétaire du fonds assujetti soit tenu de *faire*, mais bien de souffrir ou de ne pas faire. Il invoque à l'appui de son opinion les §§ 2 et 4 de la même loi, qui, dans ce système, seraient contraires aux paragraphes précités, mais qui, bien interprétés, sont parfaitement dans le même sens.

(5) Telle est la décision du § 5 de cette même loi ; mais Paul, qui en est l'auteur, la donne comme fondée plutôt sur l'équité que sur les principes purs du droit.

(6) L. unic., ff. *de Ripa mun.*; et arrêt de la cour d'Aix, du 19 mai 1813. (Sirey, 1814, II, 9.)

Il en est de même, et par les mêmes motifs, à l'égard de l'eau des torrents et des petites rivières, pourvu qu'on n'obstrue pas leur lit ou cours ordinaire, mais qu'on se borne simplement à se garantir.

Le tout néanmoins à la charge de se conformer aux règlements sur le cours des eaux.

163. S'il s'agissait d'un marais dont les eaux stagnantes, augmentées par les pluies ou la fonte des neiges, se répandraient dans le champ d'un particulier, celui-ci n'aurait pas le droit de faire des travaux pour s'en garantir de manière que le reflux des eaux, ainsi contenues, pût nuire, soit aux fonds supérieurs au marais, soit à ceux qui seraient placés latéralement (1); sauf ce que nous allons dire tout à l'heure à l'égard des étangs, et sauf aussi l'application des lois concernant les marais.

164. Le propriétaire supérieur ne peut, de son côté, sans une constitution de servitude, rien faire qui aggrave la condition du propriétaire inférieur. (Art. 640.)

Ainsi, il ne peut pratiquer sur son fonds des ouvrages qui changeraient l'immission naturelle des eaux dans le fonds inférieur, soit en les rassemblant sur un seul point et en leur donnant de la sorte un écoulement plus rapide et propre en conséquence à entraîner les sables, les terres, le gravier, dans ce fonds, soit en dirigeant sur un point de ce même fonds un bien plus grand volume d'eau que celui qu'il aurait reçu sans les travaux (2).

165. Mais il a le droit de faire ceux qui sont nécessaires, ou même simplement utiles à la culture de son héritage, comme les sillons dans une terre ensemencée (3).

Il pourrait aussi, en plantant sa terre en vigne, ou en faisant un pré, pratiquer les fossés ou biefs nécessaires à l'assainissement de la vigne ou à l'irrigation du pré. La loi 1, § 4, ff. *de Aqua et aquæ pluv. arcend.*, l'autorise à en pratiquer, non pas dans le but de faire dériver, par ce moyen, les eaux sur le fonds du voisin, mais pour assainir le sien et le cultiver : *Sic enim debere quem meliorem agrum facere, ne vicini deteriorem faciat.*

L'intérêt de l'agriculture ne permettrait pas, en effet, que l'on s'attachât rigoureusement à la lettre de l'article 640, quand il n'assujettit les fonds inférieurs envers ceux qui sont plus élevés, à ne recevoir que les eaux qui en découlent naturellement, sans que la main de l'homme y ait contribué : autrement le propriétaire d'une terre labourable ne pourrait l'ensemencer, ou du moins le faire avec succès, faute de pouvoir y tracer les sillons qui, dans la plupart des terres à blé, sont nécessaires pour prévenir les effets des pluies et l'humidité du terrain. Il ne pourrait non plus faire de sa terre une vigne, puisqu'une vigne veut être plantée de manière que les eaux n'y séjournent jamais; et pour cela il faut des fossés ou de profonds sillons. Et quand même il ferait dans la partie inférieure de sa terre ou de sa vigne un fossé pour y ramasser les eaux (4), il serait encore en contravention à la disposition de notre article, entendu à la lettre, vu que le dégorgement de ce fossé sur le fonds inférieur ne serait pas un écoulement naturel, sans que la main de l'homme y eût contribué, l'immission des eaux ayant lieu par un point, tandis que sans les sillons ou le fossé l'eau eût coulé indistinctement à la surface du fonds et partout où elle aurait trouvé une issue. Mais une telle interprétation serait destructive de toute amélioration dans l'agriculture; elle serait contraire à l'esprit de la loi de la matière, comme à celui de la loi romaine, qui en est le type, et qui, tout en consacrant le principe tel que nous le voyons dans l'article que nous expliquons, y apportait néanmoins les tempéraments réclamés par l'intérêt général et l'équité. On doit donc s'attacher spécialement au point de savoir si les sillons ou fossés pratiqués par le propriétaire supérieur sont nécessaires, ou même simplement utiles au mode de culture adopté par lui : dans le cas où ils ne tendraient pas à ce but, le propriétaire inférieur, à qui ils nuiraient par l'immission trop abondante des eaux sur un même point, aurait droit de s'en plaindre et de les faire supprimer.

(1) L. 1 § 2, ff. *de Aqua et aquæ pluv arcend.*
(2) Ibid., § 1.
(3) Ibid., §§ 3 et 5.

(4) Comme semble le vouloir le § 3 de la L. 1, ff. *de Aqua et aquæ pluv. arcend.*

166. Il pourrait également se plaindre si le propriétaire supérieur changeait la direction d'une source qui coulait d'abord sur un autre fonds à lui appartenant, ou sur le fonds d'un tiers, pour la faire couler sur le sien : l'ordre naturel et primitif de l'écoulement de cette eau se trouverait, en effet, interverti par la main de l'homme, et l'on serait dans le cas de la prohibition de la loi. On y serait aussi, selon nous, contre l'opinion de M. Pardessus, n° 82 de son *Traité*, si l'on faisait couler, sans titre, les eaux d'une fontaine nouvellement ouverte, et dont l'ouverture aurait été faite par des travaux de main d'homme; car évidemment l'immission des eaux ne serait point l'ouvrage de la nature seule, comme le veut l'article 640, pour que le propriétaire inférieur soit sans droit à se plaindre.

167. C'est par les mêmes motifs que nous ne croyons pas, contre l'opinion du même auteur (n° 86), qu'un propriétaire, en convertissant son champ en un étang, pût, sans titre ou sans acquisition du droit par prescription, faire écouler les eaux de l'étang sur les fonds inférieurs. Nous nous sommes déjà expliqué sur ce point au tome précédent, n° 1222.

S'il y avait déjà un ruisseau, qui se trouverait aujourd'hui alimenter l'étang, les eaux de décharge pourraient sans doute continuer de s'écouler par le canal du ruisseau tracé sur les fonds inférieurs, et même le propriétaire pourrait également les y faire écouler toutes quand il pêcherait ou dessécherait l'étang, pourvu encore qu'elles ne fussent pas plus incommodes aux propriétaires inférieurs qu'elles ne l'étaient avant la construction ; mais s'il s'agissait d'un étang, comme on en voit en si grand nombre, alimenté seulement par les pluies, les infiltrations, la fonte des neiges, ou quelques sources souterraines, notre décision première serait applicable, parce qu'il y aurait là nouvel œuvre capable de nuire aux voisins.

168. Ainsi, quand le propriétaire du fonds inférieur a élevé des digues ou fait d'autres ouvrages pour empêcher l'écoulement naturel des eaux, ou quand le propriétaire supérieur les fait écouler par le moyen de quelques travaux qui n'étaient pas nécessaires ou utiles à la culture du sien, il y a lieu à l'action pour faire rétablir les choses dans leur premier état.

169. La partie lésée, ainsi troublée dans sa jouissance, peut intenter la complainte devant le juge de paix, pourvu qu'elle agisse dans l'année du trouble. (Art. 23, Cod. de procéd.)

Plus tard, l'action devrait être portée au tribunal de première instance. Elle ne serait plus simplement possessoire, elle tomberait sur le fonds du droit.

170. Quand l'auteur de l'ouvrage fait, soit sur le fonds supérieur, soit sur le fonds inférieur, au mépris des règles que nous avons essayé de retracer, n'est pas connu, celui qui devait en profiter doit naturellement être réputé l'avoir fait ou ordonné, suivant l'adage *Is fecit, cui prodest.* Mais s'il est prouvé que l'ouvrage est le fait d'un autre, dont le propriétaire à qui il profiterait n'est pas responsable, celui-ci n'est tenu que d'en souffrir la destruction (1).

171. Si l'ouvrage a été fait publiquement, au vu et au su du propriétaire qui avait le droit de s'y opposer, et qui ne l'a toutefois pas expressément autorisé, les lois 19 et 20, ff. *de Aqua et aquæ pluviæ arcendæ*, décident qu'il ne peut plus s'en plaindre : mais ces mêmes lois, ni aucune autre, ne déterminent un laps de temps quelconque après lequel son silence devrait être considéré comme une approbation définitive et irrévocable.

172. Il est clair néanmoins que lorsque c'est le propriétaire du fonds supérieur qui a fait ou fait faire les travaux qui ne devaient pas avoir lieu d'après les principes du droit commun, c'est une servitude qu'il a ainsi imposée de sa propre autorité au fonds inférieur. Ce n'est plus la simple charge naturelle, confirmée par la loi : c'est une véritable servitude établie par le fait de l'homme, et qui conséquemment, à défaut de titre, ne peut être définitivement constituée que par le moyen de la prescription, laquelle suppose une jouissance paisible de la part du maître du fonds

(1) L. 6, § 7, ff. *de Aqua et aquæ pluv. arcend.*

qui l'exerce, et une connaissance facile de son exercice de la part du maître du fonds sur lequel elle est exercée (art. 2229). Le propriétaire inférieur peut donc incontestablement agir dans les trente ans pour faire détruire les travaux, tant qu'on ne lui opposera pas une approbation expresse constitutive de la servitude. Encore une fois, les servitudes ne s'établisent tacitement qu'avec le secours de la prescription : c'était le laps de temps déterminé par la loi qui est tout à la fois la preuve et la sanction de la volonté de la partie intéressée à s'opposer à leur exercice.

173. Mais quand c'est le propriétaire du fonds inférieur qui a fait les travaux propres à l'affranchissement de la servitude naturelle et légale de recevoir les eaux du fonds supérieur, ne peut-on pas dire que le silence du propriétaire de ce fonds, qui les connaissait, est une véritable remise de cette espèce de servitude, et conséquemment que cette remise suffit par elle-même, sans avoir besoin d'être prouvée et confirmée par le temps nécessaire à la prescription ; que seulement les juges ont le pouvoir d'en apprécier le mérite suivant les circonstances (1).

D'après nos principes sur la matière, nous voyons plutôt, dans ce cas, une servitude établie sur le fonds supérieur, qui est ainsi sorti du droit commun au moyen des travaux, que nous ne voyons une véritable remise de servitude au profit du fonds inférieur. Mais qu'importe après tout? En admettant que ce soit une remise de servitude, il n'en faut pas moins, pour qu'on puisse la reconnaître d'une manière positive, qu'il se soit écoulé le temps nécessaire à la prescription depuis que les travaux contraires à son exercice ont été faits : c'est la disposition formelle des articles 606 et 607 (2), qui supposent bien aussi que celui contre qui la prescription est invoquée a connu ces travaux, et qui n'infèrent néanmoins la remise de la servitude continue, que de son silence pendant trente ans, à compter du jour où il a été fait un acte contraire à l'exercice du droit lui-même.

(1) C'est, en effet, ce qu'enseigne M. Favard, *Répertoire*, v° *Servitude*, sect. 1, § 1er, et sect. 3-1°.
(2) Code de Hollande, art. 841 et 846.

§ II.

Du droit qu'a celui qui a dans son fonds une source, d'en user à sa volonté.

174. Celui qui a une source dans son fonds peut en user à sa volonté. (Art. 641) (3).

Ainsi, il peut en faire des réservoirs, la faire servir à l'irrigation de son fonds, la combler même, s'il juge qu'elle lui est inutile ou nuisible. La propriété lui en appartient; c'est une partie intégrante de son héritage.

Tel est le principe ; mais il reçoit deux exceptions.

175. La première, c'est lorsqu'un tiers a acquis droit à la source (*ibid.*);

La seconde, lorsque cette source fournit aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire. (Art. 643) (4).

176. Le tiers peut avoir droit à la source, ou par l'effet d'un titre, ou de la destination du père de famille qui en tient lieu dans les cas déterminés par la loi, ou par l'effet de la prescription. (Art. 641-692-693.)

C'est généralement la servitude de prise d'eau, ou bien celle de puisage.

177. La prescription peut avoir lieu quand il s'agit d'une prise d'eau vive, à la différence du cas où il ne s'agit que d'eaux pluviales ou autres de même nature, parce que généralement l'eau d'une source est plus précieuse, et conséquemment qu'on ne suppose pas que ç'a pu être par pure tolérance de la part du propriétaire supérieur, que celui-ci a laissé le propriétaire inférieur en jouir librement ; comme on suppose, quand il n'est question que d'eaux pluviales, que, s'il ne les a pas prises lui-même, c'est qu'elles lui étaient alors inutiles, ne faisant en cela qu'un acte de pure faculté.

Mais la prescription ne peut s'acquérir que par une jouissance non interrompue pendant l'espace de trente années, à compter du moment où le propriétaire du fonds inférieur a fait et terminé des travaux apparents destinés à faciliter la chute

(3) Code de Hollande, art. 674.
(4) Ibid., art. 675.

et le cours de l'eau dans sa propriété. (Article 642) (1).

L'interruption de jouissance n'est rien autre chose ici que l'interruption de possession, c'est-à-dire la privation, pendant l'an et jour, de la jouissance de l'eau, soit par l'ancien propriétaire, soit même par un tiers : c'est l'interruption naturelle de prescription (Art. 2243) (2).

Comme il s'agit ici de la prescription ordinaire, elle ne courrait pas contre les mineurs et les interdits, ni dans les autres cas exceptés par la loi, suivant ce que nous expliquerons au chapitre III.

178. Il est clair aussi, d'après les conditions exigées pour qu'elle puisse s'acquérir au profit du tiers, que celui-ci ne pourrait l'invoquer pour un simple droit de puisage : ce serait là une servitude discontinue (art. 688), et les servitudes de cette espèce ne s'acquièrent plus aujourd'hui par prescription ; sans préjudice toutefois de celle qui aurait déjà été acquise par la possession, lors de la publication de la loi sur les *Servitudes*, dans les pays où elle pouvait s'acquérir de cette manière (art. 691); ce qui a dû être rare, parce que le puisage à la fontaine ou au puits d'autrui est ordinairement l'effet d'une pure tolérance de la part du propriétaire, un acte de familiarité et de bon voisinage, mais enfin ce qui a pu avoir lieu dans quelques cas.

179. Il ne suffirait pas, d'après l'art. 642, pour que le tiers pût acquérir droit à la source par le moyen de la prescription, qu'il en eût joui librement et publiquement pendant trente ans et plus, parce que le propriétaire de la source, à qui les eaux étaient peut-être inutiles, les lui aurait laissé prendre à la sortie de son fonds, ou même dans l'intérieur; bien mieux, les travaux que ce propriétaire y aurait faits pour faciliter leur sortie, comme un fossé, un canal, un aqueduc, etc., ne seraient non plus d'aucune considération : il faut que ce soit le propriétaire inférieur ou son auteur qui les ait faits, et par conséquent qu'il le prouve, en cas de contestation. Tant que cette preuve n'est pas administrée, la loi suppose avec raison que sa jouissance n'a été que l'effet d'une pure tolérance de la part du maître de la source, qui n'avait alors pas besoin des eaux, et qui n'a fait les travaux que pour l'assainissement de son héritage (3).

180. Il faut aussi que ces travaux soient *apparents*, et qu'ils aient été destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans le fonds inférieur; et ce n'est que depuis leur achèvement complet que commence à courir la prescription. D'où il suit généralement que des conduits souterrains, des tuyaux enfouis dans la terre, ne rempliraient pas la condition voulue par la loi, quand même ils existeraient de temps immémorial ; car ils seraient dépourvus du caractère exigé par elle, qui est d'être apparents, afin que la possession ou jouissance soit publique, condition essentielle à la possession pour pouvoir fonder la prescription. (Art. 2229.)

Nous disons *généralement*, car, si le propriétaire de la source avait pu facilement connaître ces conduits, parce qu'ils se manifestaient, par exemple, par des *regards*, l'ouverture d'un canal donnant sur son terrain, etc., on ne voit pas pourquoi la loi, qui admet la prescription de la propriété même d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, ou de toute autre portion du bâtiment (art. 553), et qui suppose, d'après cela, que la possession a pu en être paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire (article 2229), n'admettrait pas celle d'un simple droit de servitude en pareil cas. Si, quand il s'agit d'un souterrain, la possession peut être *publique* dans le sens de la loi, c'est-à-dire susceptible d'être connue *ab adversario*, de même les travaux, dans notre espèce, ont pu être *apparents* dans le même sens ; ils ont pu aussi être connus du propriétaire de la source. Ce sera au juge à estimer, par un rapport d'experts, ou, encore mieux, par une descente de lieux, si, en effet, ils ont eu ce caractère ; mais, dans le doute, il ne doit pas balancer à rejeter la prescription.

(1) Code de Hollande, art. 673.

(2) Ibid., art. 2013.

(3) En ne faisant pas usage d'une eau courante qui traverse son héritage, un propriétaire ne donne pas au propriétaire inférieur la possession exclusive, à titre de propriété ou de servitude, du volume entier des eaux. (Cour de cassation de Belgique, 13 février 1836, *Jurisprudence de Belgique*, 1836, 1, 272.)

181. Il s'est élevé sur ce sujet une question vivement controversée, celle de savoir si les travaux faits par le tiers doivent l'avoir été sur le fonds supérieur, ou bien s'il suffit qu'ils l'aient été sur le sien.

D'abord, on tombe généralement d'accord que le vœu de la loi est parfaitement rempli quand ils l'ont été par lui sur le fonds où est la source : la divergence d'opinion n'existe que sur le point de savoir s'il suffit qu'ils l'aient été sur le fonds inférieur, ou partout ailleurs.

Cæpolla (1) décide qu'ils doivent être faits sur le fonds supérieur. Il faut les avoir faits, dit-il, *jure servitutis*, puisqu'il s'agit de l'acquisition de la servitude. Or, dirons-nous, peut-on prétendre que le propriétaire inférieur les a faits *jure servitutis* quand il les a faits sur son fonds? Il a agi seulement *jure dominii*, puisqu'en général chacun peut faire sur son terrain ce que bon lui semble ; et en agissant ainsi, il n'a pas possédé pour cela quelque chose dans le fonds du voisin. Nous ne voyons pas ce qu'on peut répondre de concluant à ce raisonnement.

En thèse générale, celui-ci n'avait pas même le droit de s'y opposer, sauf à lui à retenir chez lui les eaux comme il l'aurait entendu ; mais c'est même parce que cela n'est pas toujours possible, parce que d'ailleurs ce serait fort gênant quand les eaux ne seraient pas utiles à l'espèce de culture adoptée ; enfin parce que ce serait lui enlever le bénéfice de la loi, qui lui permet de les laisser couler naturellement sur le fonds inférieur, et transformer ainsi cette faculté en une charge, qu'on peut soutenir que tel n'est pas l'esprit de l'art. 642. Il peut, dira-t-on, signifier, tous les vingt-neuf ans, un acte de protestation contre les travaux, acte par lequel il attestera que ce n'est que par pure faculté s'il ne change pas le cours de sa source, et par pure tolérance s'il en laisse jouir le propriétaire inférieur ; mais on lui impose ainsi une charge, et mille circonstances peuvent faire qu'il néglige de signifier cette protestation. Il peut, en outre, fort bien ignorer les travaux pratiqués dans le fonds du tiers, si ce fonds est clos de murs, ou s'il n'est pas contigu, mais séparé du sien par un chemin public ou un autre fonds, circonstance qui n'empêcherait pas plus l'acquisition du droit par la prescription que par titre, si d'ailleurs toutes les conditions voulues par la loi se rencontraient ; car elle ne dit pas qu'il n'y a que le propriétaire touchant immédiatement le fonds où est la source qui puisse y acquérir un droit : elle dit seulement que le propriétaire du fonds inférieur peut l'acquérir de cette manière ; ce qui est bien différent. D'ailleurs les partisans de l'opinion contraire en tombent eux-mêmes d'accord. Il est bien vrai qu'ils subordonnent la question de prescription à l'application du droit commun, et pour cela qu'ils exigent que la jouissance, au moyen des travaux, ait été publique ; mais c'est précisément parce qu'il y aurait souvent difficulté sur ce point, que le législateur a voulu, pour la prévenir, que les travaux fussent apparents : or ils n'ont réellement point ce caractère à l'égard du propriétaire supérieur quand ils ne sont faits que dans un fonds où il n'a pas le droit d'entrer pour les inspecter.

On peut enfin ajouter qu'il semble bien, d'après la rédaction de l'art. 642, que les travaux doivent effectivement être faits sur le fonds supérieur, puisqu'ils doivent être destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans la propriété du tiers ; car si elle sort du premier fonds sans le secours d'aucuns travaux pratiqués par ce tiers sur ce même fonds, c'est qu'elle a un cours naturel ou dirigé par le propriétaire supérieur : conséquemment on ne peut pas dire que les travaux faits sur le fonds inférieur facilitent son cours dans ce fonds, puisqu'il existe déjà sans eux, ni qu'ils y facilitent sa chute, dans le cas encore où il y a chute, puisqu'elle s'opère par sa sortie du fonds supérieur. Ces travaux ne pourraient faciliter que la *réception* et le cours de l'eau dans le fonds inférieur ; quant à sa chute, encore une fois, elle est déjà opérée dès que l'eau touche à ce dernier fonds. Il est donc plus vrai de dire que, par les travaux faits chez lui, le propriétaire inférieur ne possède l'eau que chez lui ; or les principes de la matière veulent qu'il ait au moins une possession quelconque dans le fonds supérieur, puisque c'est sur ce fonds qu'il prétend avoir acquis la servitude. Là, nous le croyons du moins, s'applique parfaitement l'adage de droit : *Tantum prescriptum, quantum possessum.*

On objecte qu'il s'est élevé sur ce point une discussion à la section de législation du tribu-

(1) Tract. 2 *de Servit. præd. rustic.*, cap. 4, n° 57.

nat (1), de laquelle, dit-on, il résulte clairement qu'on a entendu que l'article 642 serait applicable, soit que les travaux aient été faits sur le fonds inférieur ou autre lieu, ou sur le fonds où est la source, et que c'est pour cela que la rédaction primitive du projet de loi, qui portait les mots *travaux extérieurs*, a été changée, pour y substituer ceux-ci : *travaux apparents*, que l'on voit dans le Code. Nous avons lu attentivement cette discussion, et nous avouerons que nous avons été bien plus touché de la force des raisonnements de sa première partie, qui sont dans le sens de notre opinion, que de la solidité de ceux qu'on a présentés dans le sens contraire. Sur quoi repose, par exemple, la distinction suivante?

« Ceux qui pensent, au contraire, que les ou-
« vrages extérieurs dont parle l'art. 642 sont et
« doivent être des ouvrages faits par le proprié-
« taire inférieur dans son propre fonds, répondent
« qu'il faut distinguer entre les servitudes qui
« dérivent de la situation des lieux et celles pro-
« venant du fait de l'homme. Ces dernières sont
« l'objet du chap. III; et il est hors de doute que
« le propriétaire inférieur ne pourrait établir à
« son profit une servitude sur le fonds supérieur,
« *sans un ouvrage fait et terminé sur le même*
« *fonds*, et tendant évidemment à l'acquisition
« de cette même servitude. Mais cette espèce est
« absolument différente de celle dont il s'agit
« dans l'art. 642. Cet article n'appartient point
« au chapitre III, qui a pour titre : *Des Servitudes*
« *établies par le fait de l'homme.* Il appartient
« au premier, intitulé : *Des Servitudes qui déri-*
« *vent de la situation des lieux.* Dans le cas de
« l'article 642, le propriétaire inférieur tient sa
« jouissance du bienfait de la nature, et non
« d'une convention expresse ou tacite entre lui
« et le propriétaire supérieur. Si le propriétaire
« supérieur laisse passer le long intervalle de
« trente ans sans troubler cette jouissance, il est
« censé ratifier l'ouvrage de la nature, etc. »

Sans doute l'art. 642 n'est pas sous la rubrique des servitudes établies par le fait de l'homme ; mais est-ce une raison pour dire qu'il ne statue pas sur ces mêmes servitudes? Nullement, puisqu'il parle formellement du droit à la source qu'un tiers pourrait avoir acquis par *titre* ou par prescription. Or, nierait-on, lorsque c'est par titre que le droit a été acquis, que c'est une véritable servitude établie par le fait de l'homme? Peut-on même prétendre, quand c'est par prescription, que ce n'est pas non plus une servitude tacitement imposée par l'homme? Qu'importe, après cela, la place qu'occupe cet article : c'est fort indifférent. Le droit réclamé par le tiers n'en est pas moins une véritable servitude conventionnelle, résultant d'un assentiment tacite, ou, mieux encore, supposé formel, mais dont l'acte est adiré. Le droit de disposer de la source appartenait, par la nature et la loi, au propriétaire du fonds où elle se trouve, et conséquemment ce ne peut pas être par l'effet de la nature seule, comme on le dit dans l'argumentation ci-dessus, que cette source appartient maintenant au propriétaire du fonds inférieur; ce ne peut être que par l'effet d'un assentiment exprès ou tacite, en d'autres termes, en l'absence d'un titre, par l'effet de la prescription. On en convient d'ailleurs. C'est donc une véritable prise d'eau dans le fonds d'autrui, conséquemment une véritable servitude établie par le fait de l'homme, puisque désormais le fonds supérieur est sorti du droit commun, n'ayant plus la jouissance exclusive de l'eau, qu'il avait auparavant.

Ce ne serait donc que pour les eaux courantes, pour celles-là seulement dont la propriété n'appartient même pas à celui dont elles bordent ou traversent l'héritage, qu'il faudrait que les travaux fussent faits dans le fonds supérieur; mais précisément la loi ne statue rien à cet égard; elle ne parle des travaux que relativement aux eaux d'une source située dans un fonds, sans toutefois que nous entendions dire par là qu'il ne serait pas nécessaire, pour acquérir droit aux premières par le moyen de la prescription, que les travaux fussent faits sur le fonds supérieur; car les principes sont les mêmes dans un cas comme dans l'autre, puisque dans tous deux il s'agit toujours de la servitude de prise d'eau, qui n'est établie ni par la nature ni par la loi. Ainsi cette distinction est tout à fait chimérique, et elle est même réduite au néant par ceux qui la font, puisqu'ils conviennent que le droit à l'eau ne peut, à défaut

(1) M. Favard, qui est d'un avis contraire au nôtre, ainsi que M. Delvincourt et plusieurs autres jurisconsultes, la rapporte en entier dans son *Répertoire*, au mot *Servitude*, sect. 2, § 1.

de titre, résulter que d'une jouissance de trente ans ; ce qui prouve bien évidemment que ce n'est pas la nature seule ni la loi qui consacrent ce droit, mais bien le fait de l'homme, son assentiment au moins tacite. Nous ajouterons que le changement de rédaction du projet, la substitution des mots *ouvrages apparents* aux mots *ouvrages extérieurs*, ne contredit en rien notre interprétation ; car ces dernières expressions n'auraient pas signifié davantage que les ouvrages devaient être nécessairement faits sur le fonds supérieur, peut-être moins encore, puisqu'on aurait pu les entendre aussi d'ouvrages faits à l'extérieur de ce fonds ; mais les premières rendent mieux la pensée de la loi, attendu qu'ils comprennent aussi les travaux faits dans l'intérieur de la terre, et qui s'annonceraient cependant par des signes visibles, comme des *regards*, l'ouverture d'un canal, d'un aqueduc, etc. Tel a été le motif de ce changement de rédaction, et non celui qu'on lui prête.

Il existe, au surplus, sur cette question, dont l'importance et la difficulté serviront d'excuse à la longueur des développements dans lesquels nous avons jugé utile d'entrer, un arrêt de cassation (1) qui l'a décidée absolument dans notre sens. Cet arrêt n'avait pas même à statuer précisément sur le point dont il s'agit, mais bien seulement sur un jugement qui avait admis en droit la prescription fondée sur la possession immémoriale, quoiqu'il ne fût pas reconnu en fait que le propriétaire inférieur eût pratiqué des ouvrages destinés à faciliter le cours de l'eau dans sa propriété ; néanmoins la cour suprême, voulant apparemment exprimer aussi sa doctrine sur le point en question, quoiqu'il ne fût pas spécialement l'objet du procès, a décidé :

« Vu les articles 641 et 644 du Code civil ;

« Attendu que l'écoulement des eaux d'une « source d'un héritage supérieur sur le terrain « inférieur ne peut constituer une servitude au « profit du propriétaire de ce terrain ; que cependant le jugement attaqué a jugé qu'il suffisait « de l'existence de cet écoulement pendant un « temps immémorial pour faire acquérir la possession de ces eaux au propriétaire inférieur ;

« Qu'à cette erreur il en a été ajouté une autre « non moins grave, en décidant, contrairement « à la disposition de l'article 642 du Code civil, « qui n'a fait que consacrer les anciens principes « en cette matière, qu'il n'y avait pas lieu à « examiner si les ouvertures par où s'écoulaient « les eaux avaient été pratiquées par le propriétaire du fonds inférieur ou par celui de l'héritage supérieur, tandis que ce n'est que de « l'existence de ces ouvrages, de la part *du propriétaire inférieur, sur le fonds du propriétaire de la source*, que peut naître la servitude « sur son héritage, et par suite la prescription « et l'action possessoire ;

« La cour casse et annule le jugement du tribunal de Fougères, du 5 juin 1810. »

182. Quand j'ai concédé à un de mes voisins une prise d'eau à ma source, ou que je la lui ai laissé acquérir par la prescription, je ne me suis pas par là interdit le droit d'en user moi-même pour les besoins de mon fonds (2) ; car je n'ai point perdu le droit de propriété sur la source ; je me suis seulement interdit de rien faire qui pût nuire à l'exercice de la servitude ; conséquemment, en usant modérément de l'eau, le voisin, quand bien même il se trouverait en avoir un peu moins que par le passé, ne serait pas fondé à se plaindre. Il n'en serait toutefois pas ainsi du cas où je changerais le mode de culture de mon fonds, que j'en ferais, par exemple, un pré, et que j'absorberais la totalité ou presque totalité de l'eau, de manière que le voisin n'en aurait plus, ou n'en aurait qu'infiniment moins qu'il en avait d'abord : ce serait blesser la disposition de l'article 701, qui ne permet pas que l'on rende illusoire le droit de servitude.

183. La L. 4, ff. *de Aqua quotid. et æstiva*, dit que, quoique j'aie cédé à l'un de mes voisins une prise d'eau dans mon fonds, rien ne m'empêche d'en céder encore une pareille à un autre (3), et que si les concessionnaires ne s'accordent pas sur la répartition des eaux, il y aura lieu à en

(1) Du 25 août 1812. (Sirey, 1812, I, 350.)

(2) C'est aussi la décision de M. Favard, *Répertoire*, vº *Servitude*, sect. 2, § 1.

(3) La L. 2, § 1, ff. *de Servit. præd. rust.*, porte pareillement que la servitude de prise d'eau et celle de passage peuvent être constituées au profit de plusieurs, pour être exercées par le même endroit ; qu'elle peut l'être, en outre, *ut diversis diebus vel horis aqua ducatur*.

régler la distribution judiciairement. Le jurisconsulte, qui n'exige point, pour cette seconde concession, l'assentiment du premier concessionnaire, se décide ainsi par assimilation de la cession de la prise d'eau à celle de la servitude de passage, laquelle, dit-il, n'empêche pas d'en constituer de nouvelles sur le même chemin. On peut très-bien contester la justesse de cette assimilation dans le cas où la source ne serait pas assez abondante pour fournir aux besoins de tous les concessionnaires, car alors la division des eaux nuirait évidemment au premier; ce qui n'est pas quand il ne s'agit que d'un droit de passage, puisqu'il sera toujours entier pour chacun d'eux, fussent-ils cent. Aussi Godefroi, dans ses notes sur cette loi, en restreint-il judicieusement l'application au cas où la source suffirait aux besoins des deux fonds, attendu que le concédant ne peut rien faire qui nuise aux droits du premier concessionnaire (1).

Cela est si vrai que, d'après la loi 8, ff. *de Aqua et aquæ pluv. arcend.*, il faut, pour établir valablement une servitude de prise d'eau, non-seulement l'assentiment du propriétaire où est la source ou le cours d'eau, mais encore celui des tiers qui ont déjà acquis l'usage à l'eau, puisque leurs droits devant être altérés par la seconde concession, il est de toute raison qu'elle n'ait pas lieu sans leur consentement. Cette loi offre ainsi une opposition, au moins apparente, avec la première citée, qui n'exige pas, pour que le propriétaire du fonds puisse faire cette nouvelle concession, l'assentiment du premier concessionnaire. Mais on les concilie facilement en supposant que, dans celle-ci, le jurisconsulte statue sur le cas où l'eau suffirait aux besoins de tous deux, et que, dans l'autre loi, il règle le cas contraire. Ces mots : *Nec immerito, cum enim minuitur jus eorum (quibus servitus aquæ debebatur) consequens fuit exquiri an consentiant*, indiquent bien clairement que l'eau, dans l'espèce, ne suffit pas aux besoins de tous; autrement il serait faux de dire que les droits des premiers concessionnaires seraient diminués par de nouvelles concessions, car l'exercice des servitudes prédiales est toujours mesuré sur les besoins du fonds dominant.

Dans ces cas il y a donc lieu de considérer l'esprit du titre constitutif, quel a été le mode et l'étendue de jouissance acquise par ce titre ou par la prescription ; et l'on ne doit jamais perdre de vue que si, d'une part, le propriétaire de la source ou du cours d'eau n'aliène pas son droit de propriété à l'eau en en accordant l'usage à un tiers, d'autre part, il ne peut rien faire qui diminue sensiblement le droit qu'il a concédé, ou le rende plus incommode. (Art. 701) (2).

184. En sens inverse, la servitude n'étant établie que pour les besoins ou l'utilité du fonds dominant, le propriétaire de ce fonds ne pourrait, sans le consentement du maître de l'héritage assujetti, concéder, même sur le canal ou fossé pratiqué chez lui, une prise d'eau à un tiers (3), ni même user de l'eau pour un autre fonds ou pour une autre partie du fonds dominant que celui ou celle pour laquelle la servitude a été établie (4).

185. Nous avons dit que, pour acquérir la servitude de prise d'eau dans l'héritage d'autrui, il n'est pas nécessaire de joindre immédiatement le fonds, parce qu'en effet celui que l'on possède n'est pas moins *inférieur* par sa position à celui où est la source, quoiqu'il en soit séparé par un chemin ou un autre fonds (5) ; mais on sent qu'il faut pour cela obtenir de l'autorité l'autorisation nécessaire, si c'est un chemin qui sépare les deux fonds, ou celle du propriétaire intermédiaire, si on ne l'est soi-même.

186. Dans ce dernier cas, il y aura servitude de prise d'eau sur le fonds supérieur et servitude de conduite d'eau, *aquæductus*, sur le fonds intermédiaire; et le propriétaire de ce dernier fonds n'aura pas le droit, sans une concession particulière du maître de l'héritage dominant, agréée par celui de l'héritage assujetti (6), de se servir

(1) Cæpolla le dit aussi, *Tract. 2 de Præd. rust.*, cap. 4, nº 11.

(2) Code de Hollande, art. 739.

(3) Cæpolla, *Tract. 2 de Servit. præd. rust.*, cap. 4, nº 11, qui se fonde sur la loi 24, ff. *de Serv. præd. rust.*, ci-après citée.

(4) L. 24, ff. *de Servit præd. rust.*

(5) *Voyez* MM. Favard, vº *Servitudes*, sect. 2, § 1, et Pardessus, qui le décident pareillement ainsi.

(6) Il faut le consentement de ce dernier, puisque la servitude qu'il a imposée à son fonds n'est que pour les besoins de celui du concessionnaire, et non pour que ce concessionnaire vende l'eau ou en dispose d'une autre manière.

de l'eau qui coule chez lui, sauf le cas où, comme nous venons de le dire, l'eau suffirait aux deux fonds, et que le propriétaire de l'héritage assujetti lui ferait lui-même une concession particulière, cas dans lequel la volonté de ce propriétaire serait suffisante.

Si, dans l'hypothèse où le concessionnaire serait également propriétaire du fonds intermédiaire, il disposait de l'un des deux héritages, sans que l'acte contînt aucune convention relative à cette conduite d'eau, elle continuerait d'exister activement ou passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné (art. 694) (1); et de ce moment commencerait une nouvelle servitude, car auparavant il n'en existait pas sur le fonds intermédiaire, d'après la règle : *Res sua nemini servit jure servitutis.*

187. La seconde exception apportée au principe que celui qui a une source dans son fonds a le droit d'en user à sa volonté, c'est, comme on l'a dit, lorsque cette source fournit aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire; dans ce cas, le propriétaire n'en peut changer le cours. (Article 643.)

Il n'est pas besoin de faire remarquer que cette exception est fondée sur ce grand principe, que l'intérêt ou les convenances particulières doivent céder à l'intérêt général; aussi, un et même plusieurs particuliers n'auraient-ils pas le droit de réclamer les eaux, en en offrant le prix, de quelque utilité qu'elles leur pussent être. Le droit de propriété ne fléchit qu'en faveur d'une collection d'individus formant une commune, village ou hameau ; et encore faut-il pour cela que l'eau leur soit nécessaire : c'est la condition exigée par la loi.

188. Mais comme personne ne peut être dépouillé de son droit, même pour cause d'utilité publique, sans une juste et préalable indemnité (art. 545), si les habitants n'ont pas acquis, par titre ou par prescription, l'usage à l'eau, le propriétaire peut en réclamer une, qui est réglée par experts (art. 643), si elle ne peut l'être à l'amiable.

189. La prescription n'a pas pour objet, comme on le voit, de faire acquérir aux habitants la jouissance de l'eau, ou de la leur faire conserver, puisqu'ils y ont droit par le seul effet de la disposition de la loi, mais bien seulement de les libérer de la prestation de l'indemnité. Or le droit à cette indemnité étant acquis au propriétaire du jour où les habitants ont fait usage de sa source, ou du jour du règlement, s'il y en a eu un, il se prescrit par trente ans, à partir de l'une ou de l'autre de ces époques, parce qu'il ne s'agit alors que d'une créance, et conséquemment de la prescription à l'effet de se libérer (2).

190. Le propriétaire, au surplus, conserve la propriété de la source, et il peut, nonobstant l'indemnité qui lui aurait été payée, en user, à ce titre, pour ses besoins personnels et l'utilité de son fonds, à la charge néanmoins de ne pas nuire à l'usage des habitants, qui passe avant tout.

191. Quoique l'article 643 ne parle que de l'eau d'une source nécessaire aux habitants d'une commune, village ou hameau, il n'en faut pas conclure que sa disposition n'est applicable qu'aux eaux qui ont un cours, et qu'elle ne le serait point à l'égard d'une citerne ou d'une fontaine, d'une mare ou d'un étang, dont l'eau, ainsi qu'on le voit en beaucoup d'endroits, leur serait nécessaire : par application de l'article 545, et même de l'article 643, il en serait de même que pour l'eau d'une source qui a un cours marqué.

§ III.

Des eaux dépendant du domaine public.

192. Pour faire une juste application des articles 644 et 645 (3), il convient de retracer les

(1) Code de Hollande, art. 748.

(2) Ces principes ont été consacrés par arrêt de cassation du 10 juillet 1821, au sujet de l'indemnité pour droit de passage dans le cas de l'art. 682. La cour a pensé que puisque le passage était dû, étant absolument nécessaire au fonds, il ne s'agissait plus entre les parties que de la question d'indemnité, par conséquent que de la prescription à l'effet de se libérer, laquelle avait dû commencer son cours au jour où le passage avait été exercé. Cet arrêt est rapporté en entier, avec tous les faits de la cause, au *Bulletin civil*, à sa date, et au *Répertoire* de M. Favard, vº *Servitudes*, section 2, § 7.

(3) Code de Hollande, art. 676 et 677.

règles générales relatives aux eaux dépendant du domaine public, afin de connaître quels sont les cours d'eau que les propriétaires ne peuvent, sans une concession de l'autorité, faire servir, soit à l'exploitation des moulins ou autres usines, soit à l'irrigation de leurs propriétés, et quels sont par conséquent ceux qu'ils peuvent utiliser sans cette concession.

Suivant l'article 538, les fleuves et rivières navigables ou flottables sont des dépendances du domaine public, comme on l'a vu au tome précédent; en conséquence, les particuliers n'y peuvent, en général, faire aucune prise d'eau. La navigation est essentielle à la prospérité d'un État, et les nombreuses prises d'eau que, sans des règles positives à cet égard, se permettraient les particuliers, lui porteraient une atteinte préjudiciable.

193. L'article 4 de la sect. 1re du titre I de la loi des 28 septembre et 6 octobre 1791, méconnaissant ce grand principe d'ordre public, avait néanmoins permis aux riverains de faire des prises d'eau dans les fleuves ou rivières navigables ou flottables; mais cette disposition a été abrogée par le Code civil (art. 644), qui a rétabli celle de l'art. 44 du titre XXVII de l'ordonnance de 1669, sur les *Eaux et Forêts*, parce que l'intérêt de la navigation a paru, avec raison, d'un ordre supérieur à celui des particuliers.

194. L'article 41 du même titre de l'ordonnance fait toutefois exception en faveur des propriétaires qui ont acquis sur les eaux des droits *fondés en titre et possession valables*. Ces diverses dispositions se trouvent répétées et consacrées, en général (1), par un arrêté du Directoire exécutif, du 9 ventôse an VI, concernant les mesures pour assurer le libre cours des rivières et canaux navigables et flottables, et qui fixe les principes sur les constructions faites ou à faire sur les rivières et canaux. Comme il forme une espèce de Code sur la matière, en ce qu'il remet en vigueur les dispositions de l'ordonnance de 1669, relatives à ces constructions, et qu'il rappelle les lois postérieures qui s'y rattachent, nous croyons utile de le rapporter.

« Le Directoire exécutif, vu, 1° les articles 42, 43 et 44 de l'ordonnance des eaux et forêts du mois d'août 1669, portant :

« Nul, soit propriétaire, soit engagiste, ne « pourra faire moulins, batardeaux, écluses, « gords, pertuis, murs, plants d'arbres, amas « de pierres, de terre et de fascines, ni autres « édifices ou empêchements nuisibles au cours « de l'eau dans les fleuves et rivières navigables « ou flottables, ni même y jeter aucunes or- « dures, immondices, ou les amasser sur les « quais et rivages, à peine d'amendes arbitraires. « Enjoignons à toutes personnes de les ôter dans « trois mois du jour de la publication des pré- « sentes; et si aucuns se trouvent subsister après « ce temps, voulons qu'ils soient incessamment « ôtés aux frais et dépens de ceux qui les auront « faits, ou causés, sous peine de 500 livres « d'amende, tant contre les particuliers que « contre les *fonctionnaires publics* qui auront « négligé de le faire (art. 42);

« Ceux qui ont fait bâtir des moulins, écluses, « vannes, gords et autres édifices dans l'étendue « des fleuves et rivières navigables et flottables, « sans en avoir obtenu la permission de nous ou « de nos prédécesseurs, seront tenus de les dé- « molir, sinon ils le seront à leurs frais et dépens « (art. 43);

« Défendons à toutes personnes de détourner « l'eau des rivières navigables et flottables, ou « d'en altérer ou affaiblir le cours par tranchées, « fossés et canaux, à peine, contre les contre- « venants, d'être punis comme usurpateurs, et « les choses réparées à leurs dépens. » (Article 44.)

« 2° L'article 2 de la loi des 22 novembre et 1er décembre 1790, relative aux domaines nationaux, portant que les fleuves et rivières navigables, les rivages, lais, relais de la mer, et, en général, toutes les portions du territoire national qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme dépendances du domaine public;

« 3° Le chapitre VI de la loi en forme d'instruction, des 12-20 août 1790, qui charge les administrations de département de rechercher et d'indiquer les moyens de procurer le libre cours

(1) Nous disons en *général*, parce que l'arrêté dont il va être parlé n'a maintenu que les droits fondés en *titre*, sans faire exception pour ceux qui ne l'étaient que sur la *possession*.

des eaux, d'empêcher que les prairies ne soient submergées par la trop grande élévation des écluses des moulins, et par les autres ouvrages d'art établis sur les rivières, de diriger enfin, autant qu'il sera possible, toutes les eaux de leur territoire vers un but d'utilité générale, d'après les principes d'irrigation ;

« 4° L'article 10 du titre III de la loi des 16-24 août 1790, sur l'organisation judiciaire, qui charge les juges de paix de connaître, entre particuliers, sans appel jusqu'à la valeur de 50 livres, et à charge d'appel à quelque valeur que la demande puisse monter..., des entreprises sur les cours d'eau servant à l'arrosement des prés commises pendant l'année ;

« 5° L'article 4 de la 1re section du titre I de la loi des 28 septembre et 6 octobre 1791, sur la police rurale, portant que nul ne peut se prétendre propriétaire des eaux d'un fleuve ou d'une rivière navigable ou flottable ;

« 6° Les articles 15 et 16 de la même loi, portant :

« Personne ne pourra inonder l'héritage de « son voisin, ni lui transmettre volontairement les « eaux d'une rivière nuisible, sous peine de « payer le dommage et une amende qui ne « pourra excéder la somme du dédommage- « ment;

« Les propriétaires ou fermiers des moulins « ou usines construits ou à construire seront ga- « rants de tous dommages que les eaux pour- « raient causer aux chemins ou aux propriétés « voisines par la trop grande élévation du déver- « soir ou autrement ; ils seront forcés de tenir « les eaux à une hauteur qui ne nuise à per- « sonne, et qui sera fixée par l'administration du « district : en cas de contravention, la peine « sera une amende qui ne pourra excéder la « somme du dédommagement ; »

« La loi du 21 septembre 1791, portant que, jusqu'à ce qu'il en ait été autrement ordonné, les lois non abrogées seront provisoirement exécutées ;

« Considérant qu'au mépris des lois ci-dessus, les rivières navigables et flottables, les canaux d'irrigation et de desséchement, tant publics que privés, sont, dans la plupart des départements de la république, obstrués par des batardeaux, écluses, gords, pertuis, murs, chaussées, plants d'arbres, fascines, pilotis, filets dormants et à mailles ferrées, réservoirs, engins permanents, etc. ; que de là résultent non-seulement l'inondation des terres riveraines et l'interruption de la navigation, mais l'atterrissement même des rivières et canaux navigables, dont le fond, ensablé ou envasé, s'élève dans une proportion effrayante ; qu'une plus longue tolérance de cet abus ferait bientôt disparaître le système entier de la navigation de la république, qui, lorsqu'il aura reçu tous ses développements par des ouvrages d'art, doit porter l'industrie et l'agriculture de la France à un point auquel nulle autre nation ne pourrait atteindre ;

« Considérant que, pour assurer à la république les avantages qu'elle tient de la nature et de sa position entre l'Océan, la Méditerranée, et les grandes chaînes de montagnes d'où partent une foule de fleuves et de rivières secondaires, il ne s'agit que de rappeler aux autorités constituées et aux citoyens les lois existantes sur cette matière ;

« Et en vertu de l'article 144 de la constitution, ordonne que les lois ci-dessus transcrites seront exécutées selon leur forme et teneur, et en conséquence,

« Arrête ce qui suit :

Art. 1er. « Dans le mois de la publication du « présent arrêté, chaque administration dépar- « tementale nommera un ou plusieurs ingénieurs « et un ou plusieurs propriétaires, pour, dans « les deux mois suivants, procéder, dans toute « l'étendue de son arrondissement, à la visite de « toutes les rivières navigables et flottables, de « tous les canaux d'irrigation et de desséchement « généraux, et en dresser procès-verbal à l'effet « de constater :

« 1° Les ponts, chaussées, digues, écluses, « moulins, usines, plantations utiles à la navi- « gation, à l'industrie, au desséchement ou à « l'irrigation des terres ;

« 2° Les établissements de ce genre, les ba- « tardeaux, les pilotis, gords, pertuis, murs, « amas de pierres ou de terres, fascines, pêche- « ries, filets dormants et à mailles ferrées, réser- « voirs, engins permanents, et tous autres em- « pêchements nuisibles au cours de l'eau.

Art. 2. « Copie de ce procès-verbal sera en- « voyée au ministère de l'intérieur.

Art. 3. « Les administrations départementales « enjoindront à tous propriétaires d'écluses, « usines, ponts, batardeaux, etc., de faire connaître leur titre de propriété, et, à cet effet, « d'en déposer des copies authentiques aux secrétariats des administrations municipales, qui « les transmettront aux administrations départementales.

Art. 4. « Les administrations départementales « dresseront un état séparé de toutes les usines, « moulins, chaussées, etc., reconnus dangereux « ou nuisibles à la navigation, au libre cours des « eaux, au desséchement et à l'irrigation des « terres, mais dont la propriété sera fondée en « titres.

Art. 5. « Elles ordonneront la destruction, dans « le mois, de tous ceux de ces établissements « qui ne se trouveront pas fondés en titres, ou « qui n'auront d'autres titres que des concessions « féodales abolies.

Art. 6. « Le délai prescrit par l'article précédent pourra être prorogé jusques et compris « les deux mois suivants, passé lesquels, hors « le cas d'obstacles reconnus invincibles par les « administrations centrales, la destruction n'étant pas opérée par le propriétaire, sera faite « à ses frais et à la diligence du commissaire du « Directoire exécutif près chaque administration « centrale.

Art. 7. « Ne pourront néanmoins les administrations centrales ordonner la destruction des « chaussées, gords, moulins, usines, etc., qu'un « mois après en avoir averti les administrations « centrales des départements inférieurs et supérieurs situés sur le cours des fleuves ou rivières, « afin que celles-ci fassent leurs dispositions en « conséquence.

Art. 8. « Les administrations centrales des départements inférieurs et supérieurs qui auront « sujet de craindre cette destruction en préviendront sur-le-champ le ministre de l'intérieur, « qui pourra, s'il y a lieu, suspendre l'exécution « de l'arrêté par lequel elle aura été ordonnée.

Art. 9. « Il est enjoint aux administrations « centrales et municipales, et au commissaire « du Directoire exécutif établi près d'elles, de « veiller avec la plus sévère exactitude à ce qu'il « ne soit établi par la suite aucun pont, aucune « chaussée permanente ou mobile, aucune écluse « ou usine, aucun batardeau, moulin, digue ou « autre obstacle quelconque au libre cours des « eaux dans les rivières navigables et flottables, « dans les canaux d'irrigation ou de desséchements « généraux, sans en avoir préalablement obtenu la « permission de l'administration centrale, et sans « pouvoir excéder le niveau qui aura été déterminé.

Art. 10. « Ils veilleront pareillement à ce que « nul ne détourne le cours des eaux des rivières « et canaux navigables ou flottables, et n'y fasse « des prises d'eau ou saignées pour l'irrigation des « terres, qu'après y avoir été autorisé par l'administration centrale, et sans pouvoir excéder « le niveau qui aura été déterminé.

Art. 11. « Les propriétaires de canaux de « desséchements particuliers ou d'irrigation ayant « à cet effet les mêmes droits que la nation, il « leur est réservé de se pourvoir en justice réglée « pour obtenir la démolition de toutes usines, « écluses, batardeaux, pêcheries, gords, plantations d'arbres, filets dormants ou à mailles « ferrées, réservoirs, engins, lavoirs, abreuvoirs, prises d'eau, et généralement de toute « construction nuisible au libre cours des eaux « et non fondée en droit.

Art. 12. « Il est défendu aux administrations « municipales de consentir à aucun établissement « de ce genre dans les canaux de desséchements, « d'irrigation ou de navigation appartenant aux « communes, sans l'autorisation formelle et préalable des administrations centrales.

Art. 13. « Il n'est rien innové à ce qui s'est « pratiqué jusqu'à présent dans les canaux artificiels qui sont ouverts directement à la mer, et « dans ceux qui servent à la fabrication des sels.

Art. 14. « Le présent arrêté sera imprimé au « *Bulletin des Lois*, et proclamé dans les communes où les administrations centrales jugeront « cette mesure nécessaire ou utile. »

195. D'après cet arrêté, dit M. Favard, au mot *Cours d'eau*, toute personne qui désire former un établissement de la nature de ceux énoncés dans l'art. 9, doit remettre sa demande motivée et circonstanciée au préfet du département du lieu de l'établissement projeté. Le préfet ordonne le renvoi au maire de la commune pour avoir son avis sur les convenances locales et l'intérêt des propriétaires. Le maire prend à cet égard les me-

sures qui lui sont prescrites pour obtenir tous les renseignements convenables, et mettre les intéressés à même de former leurs réclamations. C'est après toutes ces formalités, et un avis motivé du préfet, que le ministre de l'intérieur soumet au roi, s'il y a lieu, la demande dont il s'agit.

196. Toute contravention à cet arrêté du 9 ventôse an VI est constatée et poursuivie par l'autorité administrative, suivant les dispositions formelles de la loi du 9 floréal an X (1).

197. Toutes les eaux qui alimentent les canaux appartiennent aux canaux, sans qu'on puisse les en détourner, à moins de concession, toujours révocable (2).

198. C'est à l'autorité administrative qu'il appartient de décider si une rivière est ou non navigable ou flottable; par conséquent c'est à elle à accorder, s'il y a lieu, la concession de prise d'eau ; mais une fois la concession faite, les difficultés qui peuvent s'élever entre divers concessionnaires ou riverains sont du ressort des tribunaux, surtout quand il s'agit d'actions possessoires (3).

199. C'est aussi à l'autorité administrative à prononcer toutes les fois que le public peut être intéressé dans la contestation, sous le rapport, soit de la salubrité, soit de l'établissement ou de la conservation d'usines nécessaires ou utiles à une province, à un pays quelconque, comme aussi à veiller à ce que les eaux d'une usine soient à une hauteur telle qu'elles ne puissent nuire à personne ; mais les tribunaux civils seuls sont compétents pour prononcer sur les contestations concernant les intérêts des propriétaires riverains entre eux (4).

200. Quant aux cours d'eau simplement flottables, on a vu au tome précédent, n° 1109 (298), relativement aux droits de *pêche*, que l'on doit distinguer entre les cours d'eau flottables avec *trains ou radeaux*, et ceux qui ne sont simplement flottables qu'à *bûches perdues;* que dans les premiers, la pêche ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une concession, mais qu'elle a lieu librement dans les seconds au profit des riverains. L'avis du conseil d'État du 21 février 1822, rapporté à l'endroit précité, ne laisse aucun doute sur la justesse de cette distinction.

Elle ne peut être toutefois fondée que sur ce que, parmi ces divers cours d'eau, les uns sont considérés comme des dépendances du domaine public, et non les autres (5). Dans ces derniers, les propriétaires riverains ne sont assujettis qu'à livrer passage, dans le temps du flot, aux ouvriers du commerce de bois, chargés de diriger les bûches flottables et de repêcher les bûches submergées ; tandis que si le cours d'eau est flottable sur train ou radeau, il entre dans le domaine public, et les propriétaires riverains sont tenus de livrer le marchepied, conformément à l'art. 650 du Code.

201. D'où il suit encore que le curage et l'entretien des cours d'eau seulement flottables à bûches perdues, sont, comme celui des autres petites rivières et ruisseaux, à la charge des propriétaires riverains (6) ; au lieu que le curage et l'entretien des rivières flottables sur trains ou radeaux sont à la charge de l'État, comme dépendance du domaine public.

202. Enfin les riverains de ces derniers cours d'eau ne peuvent les faire servir à l'irrigation de leurs propriétés ; tandis qu'ils peuvent employer les autres à cet usage (art. 644), sauf, pour la construction des usines ou autres établissements de ce genre, à se conformer aux dispositions précitées.

203. Au surplus, les rivières navigables ou flottables ne sont telles que dans les parties où la navigation ou la flottaison peut avoir lieu : dès lors, elles ne font partie du domaine public que dans ces endroits (7); et dans les autres, les ri-

(1) *Voyez* au *Répertoire* de M. Favard, art. *Cours d'eau*, diverses décisions qui ont statué conformément à ces principes.

(2) Décret du 12 février 1813, *Bulletin*, n° 2882.

(3) *Voyez* le décret du 10 novembre 1808, rapporté par Sirey, 1817, part. II, page 26.

(4) *Voyez*, sur ces différents points, les décrets du 22 janvier 1808, et du 11 août 1811, rapportés par Sirey, tome XVI, part. II, page 309 et 391.

(5) *Voyez* M. Favard, *Répertoire*, art. *Cours d'eau*, n° 1.

(6) *Voyez* la loi du 14 floréal an XI, concernant le curage des petites rivières.

(7) M. Favard, *Répertoire*, v° *Servitudes*, sect. 1

verains peuvent les faire servir à l'irrigation de leurs propriétés; sauf à l'autorité à remonter le point de départ, afin d'empêcher une trop grande déperdition du volume d'eau.

204. Les anciens auteurs (1) faisaient, d'après le droit romain, plusieurs distinctions dont voici la principale : si la rivière est navigable ou en rend une autre navigable, il n'est pas permis d'y faire des prises d'eau ; mais on le peut si elle n'est point navigable et si elle n'en rend pas une autre navigable. Au moyen de la prohibition de faire des prises d'eau dans les rivières simplement flottables, ces distinctions sont, en général, sans objet, et elles seraient d'ailleurs d'une difficile application ; car ce sont, comme le dit ce proverbe bien vulgaire, *les petites rivières qui forment les grandes.* C'est enfin à l'autorité à les prohiber, même dans les endroits où les rivières navigables ou flottables ne le sont pas encore, si elle juge que le volume de l'eau puisse en être altéré d'une manière préjudiciable à la navigation ou à la flottaison.

§ IV.

De l'usage aux eaux qui bordent ou traversent un héritage.

205. On vient de voir quelles sont les eaux qui dépendent du domaine public, et que, pour cette raison, les particuliers ne peuvent faire servir à l'irrigation de leurs propriétés, sans une concession de l'autorité.

Quant aux cours d'eau qui ne sont point une dépendance du domaine public, les propriétaires riverains peuvent les faire servir à l'irrigation de leurs héritages, et même à d'autres usages encore, sous les limitations qui seront déduites ci-après :

« Celui dont la propriété borde une eau cou-
« rante, autre que celle qui est déclarée dépen-
« dance du domaine public par l'art. 538, au
« titre *de la Distinction des biens*, peut s'en
« servir à son passage, pour l'irrigation de ses
« propriétés.

« Celui dont cette eau traverse l'héritage peut
« même en user dans l'intervalle qu'elle y par-
« court, mais à la charge de la rendre, à la sortie
« de ses fonds, à son cours ordinaire. » (Article 644.)

206. Les eaux de cette espèce, *aqua profluens*, n'appartiennent, à proprement parler, à personne; elles sont, comme élément, au nombre des choses *communes*, et deviennent, à ce titre, la propriété du premier occupant, sous l'observation toutefois des lois qui règlent la manière d'en jouir. (Art. 714.)

207. Ces eaux diffèrent, sous ce rapport, de celles d'une source, qui, tant qu'elles sont encore dans le fonds où est la source, ou dans les fonds inférieurs qui pourraient y avoir acquis des droits, appartiennent réellement aux propriétaires de ces mêmes héritages (art. 641 et 642), mais qui deviennent aussi des eaux courantes, *aqua profluens*, dès qu'elles en sont sorties.

208. Toutefois, le sol sur lequel coulent ces cours d'eau est la propriété des riverains, puisque, d'après l'art. 561, les îles, îlots et atterrissements qui s'y forment leur appartiennent (2) ; ce qui ne serait pas si ce sol devait être considéré comme une propriété publique ou communale. Peu importe que, dans le cas où une rivière, même non navigable ni flottable, se forme un nouveau cours en abandonnant son ancien lit, les propriétaires des fonds nouvellement occupés prennent le lit abandonné, chacun dans la proportion du terrain qui lui a été enlevé ; car ils ne le reçoivent de la loi qu'à titre d'indemnité (*ibid.*): c'est là une disposition de pure équité, une simple modification du principe, qui ne le combat nullement. En sorte que si, par l'effet du temps ou de quelque événement de force majeure, le lit d'un ruisseau se trouvait desséché, les propriétaires riverains se le partageraient comme ils feraient à l'égard d'une île ou d'un atterrissement.

209. Puisque chaque propriétaire riverain d'un cours d'eau non dépendant du domaine public, peut le faire servir à l'irrigation de sa propriété, il s'ensuit qu'il peut, par cela même, faire tout ce qui est nécessaire pour cet objet. Ainsi, il

(1) Notamment Bartole, sur la L. 2, ff. *de Fluminib.*, et après lui Capolla, *Tract. de Servit. præd. rust.*, cap. 4, n° 30 *et seq.*

(2) *Voyez* tome précédent, n° 1232 (421).

peut pratiquer dans le cours d'eau des saignées ou rigoles pour faire dériver l'eau dans son fonds. Il peut aussi établir un barrage, une écluse ou tout autre ouvrage d'art, pour procurer à l'eau un exhaussement propre à la faire refluer dans le fonds, à la charge par lui néanmoins de se conformer aux règlements, qui ne permettent pas d'arrêter le cours de l'eau de manière à la faire refluer dans les héritages supérieurs contre le gré des propriétaires.

210. La loi du 12 août 1791, sanctionnée le 20, charge les administrations départementales de rechercher les moyens de procurer le libre cours des eaux, d'empêcher que les prairies ne soient submergées par la trop grande élévation des écluses des moulins, et par les autres ouvrages d'art établis sur les rivières ; de diriger enfin, autant que possible, toutes les eaux de leur territoire vers un but d'utilité générale, d'après les principes de l'irrigation.

211. Les articles 15 et 16 du titre II de la loi des 28 septembre et 6 octobre 1791, sur *la Police rurale*, portent aussi que « Personne ne « pourra inonder l'héritage de son voisin, ni lui « transmettre volontairement les eaux d'une « manière nuisible, sous peine de payer le dom- « mage, et une amende qui ne pourra excéder la « somme du dédommagement. »

Ces dispositions ne sont, au reste, que l'application du principe érigé en loi par l'article 1382 du Code civil, que tout fait quelconque de l'homme qui cause un préjudice à autrui, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

212. Les tribunaux civils seraient donc compétents pour connaître d'une telle réclamation, sans préjudice des attributions de l'autorité administrative pour faire abaisser les écluses et les barrages élevés au delà du point convenable.

213. L'un des riverains ne pourrait non plus pratiquer des travaux sur le fonds de l'autre sans l'assentiment de celui-ci, ni même y appuyer une écluse ou tout autre ouvrage pour faire dériver plus abondamment les eaux dans le sien. Il s'attribuerait de la sorte une servitude sur le fonds voisin, et la loi ne lui en donne pas le droit. Elle ne reconnaît même pas à l'un des propriétaires d'un mur mitoyen celui de placer des poutres dans toute l'épaisseur du mur : il est obligé de laisser deux pouces (art. 657) (1). Or, on peut assimiler le lit d'un cours d'eau à un mur mitoyen, en ce qui touche la copropriété. Dans l'un comme dans l'autre cas, chacun des voisins est propriétaire de l'objet jusqu'à son point milieu. L'indivision n'est, à proprement parler, que nominale, la communauté que *pro regione*, *pro diviso*. Mais aussi comme, lorsqu'il s'agit d'un mur mitoyen, la loi autorise chacun des copropriétaires à placer des poutres dans ce mur au delà du point milieu, sauf à l'autre à les faire réduire à l'ébauchoir, dans le cas où il voudrait en asseoir à la même place, ou y adosser une cheminée (*ibid.*) ; par la même raison, l'un des coriverains peut aussi faire avancer ses ouvrages au delà du point milieu du cours d'eau, pourvu qu'il ne les appuie pas sur le fonds de l'autre ; sauf à ce dernier, s'il veut en établir à la même place, à forcer le voisin à réduire les siens jusqu'à la ligne séparative. De cette manière, les principes sur la propriété sont respectés, et les règles sur la mitoyenneté et les obligations qui naissent du voisinage sont également appliquées.

214. Les coriverains, en effet, ont des droits égaux, du moins en général ; le cours d'eau, sous ce rapport, est une propriété commune, et par conséquent le riverain opposé peut empêcher que l'autre ne s'attribue toute l'eau, ou même une portion plus considérable que la sienne, et, d'après cela, exiger que les travaux soient construits ou rectifiés de manière que l'eau soit répartie également.

215. Tel est le principe, mais il serait subordonné, dans son application, aux stipulations qui auraient pu avoir lieu entre les intéressés, aux règlements locaux sur l'usage des eaux, et à l'intérêt de l'agriculture, qui demandera ordinairement que le fonds le plus étendu jouisse d'une portion d'eau plus considérable.

216. Aussi l'article 645 porte-t-il que « s'il

(1) Code de Hollande, art. 684.

« s'élève une contestation entre les propriétaires « auxquels ces eaux peuvent être utiles, les tribu- « naux, en prononçant, doivent concilier l'in- « térêt de l'agriculture avec le respect dû à la « propriété ; et, dans tous les cas, les règlements « particuliers et locaux sur le cours et l'usage « des eaux doivent être observés. »

217. La loi 17, ff. *de Servit. præd. rust.*, veut que, dans la répartition des eaux courantes entre les coriverains, on ait égard à l'étendue respective des fonds. Le principe de cette loi est juste, mais il ne devrait néanmoins s'appliquer qu'avec certaines restrictions ; car le fonds le plus étendu ne demande pas toujours la plus grande quantité d'eau. La latitude que notre article 645 laisse aux juges, en les obligeant toutefois à observer les règlements particuliers que les intéressés peuvent avoir faits, ainsi que les règlements locaux sur l'usage des eaux, a mieux atteint le but que le législateur devait se proposer en pareille matière, de concilier l'intérêt de l'agriculture avec les droits attachés à la propriété.

218. Au reste, ce prescrit de notre loi ne s'applique pas seulement aux coriverains entre eux, il s'applique aussi aux propriétaires supérieurs à l'égard des inférieurs. Ainsi, les premiers ne pourront pas priver absolument les seconds de tout usage à l'eau ; ils seront obligés de la rendre à son cours naturel après s'en être servis, sauf la déperdition inévitable causée par l'irrigation (1).

219. En sens inverse, les propriétaires d'usines, de moulins, par exemple, n'ont pas tellement droit à toute l'eau nécessaire à l'exploitation de leurs usines, qu'ils puissent en priver totalement les propriétaires supérieurs (2). Les tribunaux, en vertu de l'article 645, peuvent, dans l'intérêt de l'agriculture, comme par motif tiré du respect dû à la propriété, réprimer la prétention des propriétaires des usines à cet égard.

220. Cependant, quand il s'agit de moulins situés dans un pays où ils ne sont pas en grand nombre, et que, à cause des sécheresses, toute l'eau leur serait nécessaire, l'utilité publique réclamant aussi en faveur des propriétaires de ces moulins, l'irrigation des prairies devrait être suspendue tant que durerait cet état, à moins que des règlements particuliers ou locaux, que les tribunaux doivent toujours observer d'après l'article 645 lui-même, ne voulussent quelque modification à l'application de notre principe.

221. Rien ne s'oppose, au surplus, à ce qu'un riverain renonce en faveur de l'autre ou d'un propriétaire inférieur au droit de prendre l'eau ; c'est là un objet d'intérêt privé, l'aliénation de l'un des attributs de la propriété, par conséquent la matière d'une convention licite.

222. Tel serait aussi le cas où le propriétaire des deux héritages coriverains se réserverait, en disposant de l'un d'eux, le droit de prendre exclusivement l'eau devant le fonds qu'il conserve, ou, en sens inverse, accorderait ce droit à l'acquéreur.

223. Tel serait encore le cas où l'acte d'aliénation porterait que le vendeur ne vend que *jusqu'au cours d'eau :* il serait par cela même censé se le réserver en son entier; car celui qui vend jusqu'à *tel point* ne vend pas au delà. Mais la simple désignation du cours d'eau comme confin n'emporterait point seule cette réserve, rien n'étant plus naturel que de limiter ainsi le fonds aliéné, sans qu'on doive en conclure que le vendeur a entendu se réserver entièrement le droit à l'eau, et surtout que l'acquéreur, qui sera soumis aux dégradations qu'elle peut causer, aux inondations qui peuvent avoir lieu, a entendu aussi renoncer aux avantages qu'elle peut lui procurer, surtout si le fonds par lui acquis était un jardin ou un pré, ou même une terre propre à le devenir. D'ailleurs, s'il s'agissait d'une vente, l'obscurité du contrat à cet égard s'interpréterait contre le vendeur. (Art. 1602) (3).

224. Enfin, l'un des riverains peut aussi acquérir, par rapport à l'autre, le droit exclusif à l'eau

(1) Les changements apportés par un propriétaire au cours d'une rivière traversant ses propriétés, dans la vue de les améliorer et de les préserver des inondations et des dégâts qui étaient le résultat de son cours naturel, ne devraient pas être maintenus si ces travaux étaient notablement nuisibles aux héritages inférieurs. (Cour d'appel de Bruxelles, 7 mars 1832, III, page 311.

(2) *Voy.* l'arrêt de rejet du 17 fév. 1809. (Sirey, 1809, I, 316

(3) Code de Hollande, article 1509.

par le moyen de la prescription ; mais il faudrait pour cela qu'il en eût fait seul usage pendant le temps requis par la loi pour ce mode d'acquisition, et ce temps ne commencerait à courir que du jour où il aurait opposé une contradiction régulière au coriverain, et qui aurait empêché celui-ci de se servir de l'eau pendant tout ce temps, sans qu'il y ait eu d'ailleurs d'interruption de prescription ; autrement, eût-il joui seul de l'eau pendant tout ce temps, la prescription n'aurait jamais couru, parce que le coriverain serait justement considéré comme ayant usé d'une pure faculté en ne se servant pas de l'eau, la jugeant probablement inutile ou nuisible à son fonds.

225. L'art. 644, dans sa première partie, autorise bien un propriétaire riverain à se servir de l'eau pour l'irrigation de sa propriété, mais il ne dit pas si ce propriétaire peut la faire servir à un autre usage, par exemple, à l'exploitation d'une usine, d'un moulin, à l'entretien d'un étang, etc. ; ce n'est que la seconde disposition de ce même article qui autorise, par la généralité de ses termes, l'usage de l'eau suivant la volonté du propriétaire, à la charge seulement de la rendre, à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire. Mais ce dernier propriétaire n'est pas un simple riverain, c'est celui dont l'eau traverse l'héritage, et qui est ainsi doublement riverain.

226. Dans les principes du Code, le simple riverain ne peut faire servir l'eau qu'à l'irrigation de son fonds, par cela même que l'art. 644, qui règle l'usage des cours d'eau, ne s'explique que sur l'irrigation, et détermine ainsi, d'une manière précise, l'objet de la concession de la loi.

Nous ne voulons toutefois pas dire par là qu'un tanneur, par exemple, un teinturier, ne pourraient prendre l'eau nécessaire à l'exercice de leur profession ; ils le pourraient même au moyen d'un canal qui la conduirait chez eux. La petite quantité qu'il leur en faut, comparativement à celle qu'absorbe l'irrigation d'un pré, justifie suffisamment cette décision.

227. De plus, d'après les règlements généraux sur les cours d'eau, un riverain peut obtenir de l'administration l'autorisation d'élever une usine, un établissement, pour l'exploitation duquel il pourra prendre l'eau suivant le mode qui sera réglé par l'acte d'autorisation. Mais alors c'est un acte d'administration, plutôt que l'exercice du droit reconnu par le Code, puisqu'il ne s'agit point de l'irrigation des héritages riverains.

228. Quant aux établissements de ce genre qui existaient déjà avant la révolution, en conformité des règlements ou usages locaux, les lois nouvelles n'y ont porté aucune atteinte.

Avant 1790, dit M. Favard au mot *Servitudes*, de son Répertoire, les rivières non navigables ni flottables étaient, dans presque toute la France, considérées comme la propriété des seigneurs possédant des justices ou des fiefs. Ils y avaient exclusivement le droit de pêche et d'usine, et n'y permettaient l'établissement de moulins qu'à la charge d'une rente ou d'un cens en grains ou en argent. Dans les lieux où ils n'avaient pas la propriété de ces rivières, ils en avaient la police. Il n'y avait d'exception que dans les cas où le roi, législateur suprême, croyait devoir s'attribuer une surveillance particulière sur les petits cours d'eau, dont le barrage aurait pu nuire à la navigation intérieure.

Il s'en est suivi, dit encore le même auteur, que des établissements de tout genre ont pu être légalement construits sur les cours d'eau, soit par les seigneurs eux-mêmes, comme propriétaires des eaux, soit en vertu de leur permission expresse ou tacite.

Lorsqu'ils ont été construits par les seigneurs, ou par suite de leur permission expresse, ils constituent une propriété parfaite.

S'ils l'ont été en vertu d'une permission tacite, consacrée par la prescription acquise, suivant l'usage des lieux, ce titre est aussi solide qu'un titre écrit.

Et si la permission n'a été donnée par les seigneurs que comme ayant la police des eaux, ce titre n'est pas moins fort que le serait aujourd'hui l'autorisation administrative, sauf les modifications résultant des lois nouvelles.

Ainsi l'administration ne peut ordonner la destruction de ces établissements qui existaient avant 1790, en vertu de permissions légales, ou dont l'existence sans trouble a acquis le temps de la prescription.

Telle est aussi la doctrine de M. Pardessus,

qui l'a puisée dans une lettre du ministre de l'intérieur, de l'an XII (1).

229. On doit également décider, si la concession a été faite pour alimenter des étangs, ou si le droit est acquis par la prescription, que les propriétaires des étangs peuvent continuer de faire servir le cours d'eau à leur remplissage et entretien, suivant le mode d'après lequel ils en ont constamment joui, quoiqu'ils ne soient riverains que d'un côté. Il en est de même à l'égard des étangs qui ne seraient point riverains, qui seraient séparés du cours d'eau par d'autres fonds appartenant aux mêmes propriétaires ou à d'autres, dans le cas où l'usage à l'eau serait acquis par des conventions avec les parties intéressées, ou par la prescription. Le Code, en disant simplement que les propriétaires riverains peuvent faire servir l'eau à l'irrigation de leurs propriétés, n'a point entendu porter atteinte aux droits légitimement acquis d'après les lois ou usages en vigueur lors de sa promulgation. Le cours de la prescription a même pu se continuer sous son empire, car il s'agirait là d'une servitude apparente et continue, du moins généralement (2) (articles 688 et 689), et il a maintenu l'acquisition, par le moyen de la prescription, des servitudes de cette espèce. (Art. 690) (3).

230. L'article 644, que nous expliquons, présente dans chacune de ses dispositions plusieurs autres points qui ne sont pas sans quelque difficulté.

Ainsi l'on peut se demander, sur la première, si un propriétaire riverain peut concéder valablement à un tiers le droit de prendre l'eau, par son fonds, au cours d'eau, ou au canal creusé dans ce fonds, ou la faire servir à un autre héritage à lui appartenant et non riverain?

Si, quand il se fait division d'un fonds riverain, les portions qui ne sont pas riveraines perdent le droit à l'usage de l'eau?

Enfin, si un propriétaire riverain qui a augmenté l'étendue de son fonds par des acquisitions de terrains contigus, peut faire servir l'eau à ces nouvelles parties comme aux anciennes, en en prenant un volume plus considérable et au détriment des autres intéressés?

231. Sur la première question, on doit tenir que le riverain ne peut, sans le consentement du coriverain et des riverains inférieurs à qui la prise d'eau pourrait préjudicier, concéder l'eau à un tiers, soit pour que celui-ci la prît au cours d'eau lui-même, par le moyen d'un béal creusé dans le fonds riverain, soit pour qu'il la prît à un canal pratiqué dans ce fonds et servant à son irrigation; et que le riverain ne peut non plus faire servir l'eau à un autre héritage à lui appartenant, mais non riverain. Il ne serait plus, en effet, dans les termes ni dans l'esprit de la loi : il imposerait de la sorte, au profit du fonds du tiers ou du sien, une servitude sur une chose dont il n'a pas la propriété, mais seulement l'usage, pour un objet déterminé par elle. Il n'y a pas uniquement à considérer le passage de l'eau sur son fonds, le canal ou le fossé; il y a aussi à considérer l'eau comme eau courante, dont il a l'usage, il est vrai, mais sous certaines conditions et pour un objet désigné, l'irrigation de son héritage riverain. Les intéressés pourraient donc s'opposer à l'exercice de la prise d'eau pour ce fonds non riverain.

232. Cette décision, au reste, ne serait point applicable au cas où le droit à l'eau au profit de ce fonds aurait été acquis par titre convenu avec les coriverains et les riverains inférieurs, alors intéressés directement à contester la prise d'eau, ou par prescription, ou enfin par suite de l'usage des lieux, dans les pays où il pouvait s'acquérir de cette manière; ce que nous paraît supposer le Code (art. 645), puisque c'est encore plutôt pour ce cas, que pour régler les droits des coriverains entre eux, que l'on peut concevoir l'utilité précise des usages locaux dont il parle.

233. Et dans toutes les hypothèses, celui ou ceux qui auraient fait la concession ou qui y auraient adhéré, ne pourraient ensuite s'opposer à l'exercice de la prise d'eau. Ils seraient

(1) M. Pardessus rapporte cette lettre dans son *Traité des Servitudes*, n° 95 de l'édition [illegible].

(2) Nous verrons plus loin (n° 492), si une prise d'eau est toujours une servitude continue, même dans le cas où le concessionnaire ne devrait jouir de l'eau que pendant certains jours de la semaine, par exemple, le lundi et le jeudi

(3) Code de Hollande, art. 744

non recevables à attaquer leur propre convention (1).

234. On ne doit pas non plus tirer de notre décision principale sur cette première question, la conséquence que, dans le cas de la seconde, les copartageants dont les parts ne joindraient pas le cours d'eau seraient privés du droit d'en user.

Il arrive souvent qu'un fonds, un pré, par exemple, ne présente qu'une face peu étendue le long d'un ruisseau, et que la division ne peut guère s'en faire de manière que chaque part aboutisse au cours d'eau, parce que ce mode de distribution ne donnerait aux différentes portions qu'une largeur disproportionnée à leur longueur, et rendrait d'ailleurs nécessaires de nouveaux fossés pour conduire l'eau dans chacune d'elles : la division se fait alors dans un autre sens.

En pareil cas peut s'élever la question de savoir si les propriétaires des portions qui ne sont point riveraines ont conservé le droit à l'eau, soit par rapport aux propriétaires des parts riveraines, soit par rapport aux maîtres des fonds de l'autre rive, ou des propriétaires inférieurs.

Par rapport aux propriétaires des parts riveraines du fonds divisé, si l'acte de partage s'explique au sujet de l'eau, il n'y a pas de difficulté; on en suivra les dispositions. S'il ne s'explique pas, mais qu'au moment du partage il existât un fossé pour conduire les eaux dans toutes les parties du fonds, parce que c'était un pré ou un héritage d'un autre genre de culture à qui l'eau était également nécessaire ou utile, l'art. 694 (2) sera la règle à suivre, et conséquemment le fossé devra être maintenu pour fournir l'eau aux portions du fonds qui ne sont pas riveraines. C'est là une sorte de destination du père de famille, qui vaut titre pour une telle servitude. Mais si le fonds était une terre labourable, un bois ou une vigne, comme généralement on ne pourrait voir de destination du père de famille dans le partage, quand même il existerait un fossé qui partirait du cours d'eau jusqu'au bout opposé de l'héritage, attendu qu'en pareil cas le fossé aurait plutôt été pratiqué pour conduire les eaux au ruisseau que pour les y prendre, on déciderait que les propriétaires des parts non riveraines qui voudraient, par exemple, en faire des prés ou des jardins, n'auraient pas le droit de réclamer l'eau par les portions des autres. Ils ne sont point riverains, et aucune servitude à ce sujet n'ayant été réservée par l'acte de partage, ou établie par destination, leur réclamation n'aurait aucune base.

Quant au droit des propriétaires de ces parts maintenant non riveraines à l'égard des propriétaires de l'autre rive, ou inférieurs, on doit décider que, dans tous les cas où les maîtres de ces parts peuvent, d'après la distinction ci-dessus, réclamer l'eau à l'égard de leurs ci-devant copropriétaires, ils peuvent également en jouir à l'égard des corriverains et propriétaires inférieurs, nonobstant l'opposition de ceux-ci. La volonté de la loi n'a pu être que le partage privât ces portions de l'héritage divisé, de l'eau qui leur était acquise, sur le seul motif que ces portions ne sont plus riveraines, qu'elles forment maintenant autant de fonds séparés. C'eût été, dans beaucoup de cas, mettre obstacle au partage des fonds de cette nature, quand la division, à raison de la forme de l'héritage, n'aurait pu s'opérer de manière à faire aboutir chaque part au cours d'eau ; car la dépréciation qu'auraient nécessairement subie les portions désormais privées de l'eau, aurait détourné les copropriétaires d'opérer la division, que la loi voit toujours avec faveur, puisque toute convention qui aurait pour objet de l'empêcher est nulle (art. 815) (3). On ne répondrait pas d'une manière satisfaisante à ce raisonnement en disant que les copropriétaires peuvent faire leur partage de manière que le fonds en question entre dans le lot d'un seul, en attribuant d'autres objets aux autres, ou bien, s'il n'y en a pas, en le licitant ; car la licitation n'est qu'exceptionnellement dans le vœu de la loi, lorsqu'il est de l'intérêt de tous qu'elle ait lieu, plutôt qu'une division matérielle qui déprécierait l'objet: en général, c'est le partage réel qu'elle favorise, parce que par lui chacun des enfants ou descendants jouit d'une portion du patrimoine paternel, au lieu d'avoir une somme, dont la conservation est moins facile et la jouissance généralement

(1) Argument de la L. 11, ff. *de Serv. præd. rust.*

(2) Code de Hollande, art. 748.

(3) Code de Hollande, art. 1112.

moins douce. Quand l'article 645 veut que, s'il s'élève des contestations entre les divers propriétaires auxquels ces eaux peuvent être utiles, les tribunaux observent, avant tout, les *règlements particuliers,* il a principalement en vue les conventions qui sont intervenues en pareil cas, et que l'on voit presque toujours dans les actes de partage ou d'aliénation de partie d'un fonds qui se servait du cours d'eau : comme une prairie, lorsque, par le mode de division adopté, toutes les parts n'aboutissent pas au ruisseau.

Autre chose est donc, selon nous, de vouloir attribuer à un fonds non riverain une prise d'eau sans l'assentiment de tous ceux qui sont intéressés à s'y opposer, et la simple conservation d'un droit acquis à une portion de fonds qui ne se trouve plus aujourd'hui riveraine. Si, dans ce dernier cas, l'on n'est plus, il est vrai, dans les termes mêmes de la loi, parce qu'on n'est plus riverain, on est du moins dans son esprit, parce que son esprit tend toujours au maintien des droits acquis. On est surtout dans une position digne de faveur, ce qu'on ne peut dire dans le premier cas.

235. Sur la troisième question, qui est de savoir si un propriétaire riverain a le droit de faire servir l'eau aux additions qu'il a faites à sa propriété en en prenant un volume plus considérable, de manière que les autres intéressés n'en auraient plus suffisamment, on peut dire, pour l'affirmative, que les terrains acquis étant contigus au fonds riverain, ne forment maintenant avec lui qu'un seul et même fonds, quoiqu'ils fussent d'une culture différente; qu'il en doit être de ce cas comme de celui où un propriétaire n'a pas, jusqu'à ce jour, fait servir l'eau à telle ou telle partie de son fonds, parce qu'il ne l'y jugeait pas utile, ou par négligence, ce qui ne l'empêche assurément pas de l'y faire servir maintenant; que la loi ne détermine pas l'étendue des héritages à l'irrigation desquels leurs propriétaires peuvent faire servir les eaux; que ces héritages se sont successivement accrus ou diminués, et que peut-être ce que veut faire aujourd'hui le riverain, son coriverain, ou l'auteur de celui-ci, l'a fait de son côté; que l'opposition de ce dernier serait surtout bien mal fondée, s'il employait lui-même les eaux à un fonds aussi étendu ou plus étendu que ne l'est celui du voisin avec les nouvelles acquisitions; enfin, que si celui-ci abusait de la faculté de prendre l'eau, les tribunaux, en vertu de l'article 645, réprimeraient sa prétention, soit sur la demande des coriverains, soit sur celle des propriétaires inférieurs.

Ces raisons sont sans doute très-fortes; néanmoins nous pensons qu'on doit décider que ce propriétaire ne peut, au préjudice des autres intéressés, faire servir l'eau à ses nouvelles acquisitions en en prenant un volume plus considérable que celui qu'il prenait précédemment; et voici nos motifs.

Il est bien certain que lorsque j'ai concédé à un propriétaire une prise d'eau à ma source pour tel fonds, ou pour telle partie de tel fonds, ce propriétaire ne peut, sans mon assentiment, faire servir l'eau à un autre fonds ou à une autre partie du fonds : il aggraverait ainsi ma condition, et tout au moins il changerait arbitrairement la destination et l'objet de la servitude. La L. 24, ff. *de Servit. præd. rust.*, est formelle à cet égard. C'est aussi la décision de Cæpolla (1). Or, sans admettre précisément que les facultés ou les obligations légales relatives à la propriété des biens-fonds constituent de véritables servitudes, néanmoins on peut dire, par analogie, que la faculté accordée par la loi à un propriétaire riverain de se servir de l'eau pour l'irrigation de son fonds dans son état actuel, est comme la concession d'une servitude conventionnelle de prise d'eau pour tel fonds : d'où il suit que la raison qui empêche le concessionnaire conventionnel de faire servir l'eau à un autre fonds, est la même pour empêcher que le concessionnaire légal la fasse servir à d'autres parties de terrain que celles qui sont désignées par la loi; car, de même que le premier aggraverait la condition du fonds assujetti, de même le second aggraverait celle des fonds coriverains ou inférieurs, en faveur desquels aussi la loi stipule comme pour le sien.

Il pourrait de la sorte, par des acquisitions de terrains intermédiaires, faire servir l'eau à des fonds plus ou moins reculés du cours d'eau, et rendre vaine la disposition de la loi, qui ne l'autorise qu'à l'employer à l'irrigation de son fonds riverain, ce qui serait une source d'abus et de fraudes faites au droit des autres intéressés. En

(1) *Tract. de Servit. præd. rust.*, cap. 4, nº 17.

un mot, il attribuerait un droit à tel ou tel héritage qui en était auparavant privé, d'après ce que nous avons démontré sur la première question. Ces considérations nous paraissent suffisantes, et elles nous dispensent de réfuter les autres raisons qu'on pourrait faire valoir à l'appui de la prétention de ce propriétaire.

236. Il nous reste encore à faire quelques observations sur l'art. 644.

Ainsi, la faculté qu'il attribue à tout propriétaire riverain d'un cours d'eau non dépendant du domaine public, de se servir de l'eau pour l'irrigation de sa propriété, et à celui dont l'héritage est traversé par cette eau, d'en user à son passage, ne s'applique pas au cas où le cours d'eau qui borde ou traverse un fonds est un canal creusé de main d'homme, qui appartient au propriétaire d'un moulin ou de toute autre usine, pour l'exploitation de laquelle il a été établi (1). L'eau, pour ainsi dire, devenue captive, a pris la qualité de propriété privée, et elle restera telle tant qu'elle ne sera pas rendue à son cours ordinaire. D'anciens arrêts (2) avaient jugé en ce sens, et la cour de cassation (3) a confirmé cette jurisprudence, fondée en raison et en principe.

237. Elle l'a même de nouveau sanctionnée (4) dans une espèce où le tiers, qui offrait d'ailleurs subsidiairement une indemnité, s'appuyait sur le motif tiré de l'intérêt de l'industrie, et faisait valoir, en outre, la considération que la prise d'eau qu'il réclamait ne causerait, attendu l'abondance de l'eau, que peu ou point de préjudice au propriétaire du canal. Mais sa prétention, que ne favorisait pas assez puissamment aucun des articles 643, 645 et 682, n'en a pas moins été repoussée, et, il faut le dire, dans l'état actuel de la législation sur la matière, c'était avec raison; car le premier de ces textes ne déroge au grand principe, *Nul ne peut être contraint de céder sa propriété*, qu'en faveur des habitants d'une commune, village ou hameau; le second, comme il est facile de s'en convaincre par son rapprochement avec l'art. 644, ne statue que sur les eaux courantes qui n'appartiennent à personne, qui coulent dans un lit naturel et non dans un canal de main d'homme (5); enfin le troisième ne dispose que relativement à la cession forcée d'un passage pour le service d'un fonds enclavé qui n'a aucune issue sur la voie publique, et nullement quant à la concession d'une prise d'eau, qui, tout utile qu'elle pût être, n'a cependant pas été envisagée par le législateur comme intéressant le bien général au même degré, puisqu'il n'a porté aucune disposition sur ce cas. L'arrêt est donc parfaitement conforme aux principes actuels.

238. Mais en considérant le brillant essor qu'a pris l'industrie depuis la paix; en songeant qu'une fabrique, une manufacture, réunit sur un même point mille bras, qui répandent l'aisance dans une contrée, et que souvent le plus petit filet d'eau peut suffire à son exploitation, on est porté à désirer une modification de ces mêmes principes, qui permît, comme lorsqu'il s'agit d'un simple passage, de pouvoir exiger la cession du droit de prendre dans un pareil cours d'eau, et moyennant une juste et préalable indemnité, l'eau dont l'utilité tournerait évidemment à l'avantage du bien général, ou un passage pour les eaux sur le terrain d'autrui, pourvu néanmoins que le droit du propriétaire n'en souffrît pas une grave atteinte. L'administration a sans doute une certaine latitude à cet égard, mais son intervention ne peut toujours avoir lieu (6); elle s'exerce avec plus ou moins de lenteur, et surtout avec plus ou moins de difficulté : celle des tribunaux serait donc préférable dans le cas dont nous venons de parler, tant qu'il ne s'agirait seulement que

(1) *Voyez*, sur un cas analogue, M. Henrion de Pensey, *Compétence des juges de paix*, page 262 et suivantes, qui rapporte et analyse un arrêt de 1743, rendu d'après les mêmes principes.

(2) Des 13 décembre 1608, et 15 juillet 1656, cités par Lacombe, au mot *Eau*, nº 2.

(3) *Voyez* l'arrêt du 28 novembre 1815, rendu par la section civile, et rapporté par M. Favard, *Répertoire*, au mot *Servitudes*, sect. 2, nº 1

(4) Arrêt de cassation, du 9 décembre 1818, rapporté aussi par M. Favard, *loco citato*.

(5) La cour de cassation a toutefois jugé, par arrêt de cassation du 10 avril 1821, rapporté par M. Favard, *Répertoire*, au mot *Servitudes*, sect. 2, § 1, que l'art. 645 est applicable aux eaux d'*une source* auxquelles plusieurs ont des droits, encore qu'ils en eussent joui depuis très-longtemps sans un règlement particulier fait entre eux; que même, dans ce cas, les juges doivent statuer sur la distribution des eaux entre les divers intéressés, quand ils sont régulièrement saisis de la demande de l'un d'eux à cet égard.

(6) Parce que l'utilité générale n'est pas directe, comme lorsque la chose dont elle réclame la cession doit être affectée à un usage public.

d'obliger le propriétaire des eaux à en faire la cession moyennant indemnité, ou à céder un passage aux eaux sur son terrain. Pour cela il faudrait une disposition législative semblable à celle de l'art. 682 (1), mais que la cour suprême a reconnu, avec raison, ne pas exister.

239. Dans l'espèce dont il vient d'être question, un riverain ou le propriétaire dont l'héritage est traversé par le cours d'eau, peut acquérir le droit de prendre l'eau dans le canal, soit par titre, soit par prescription (2); alors il y aura une véritable servitude (*aquæductus*) établie par le fait de l'homme, qui sera régie par les principes qui régissent les servitudes de cette classe.

240. Nous venons de raisonner dans l'hypothèse où le maître du moulin ou de l'usine est propriétaire du canal.

Mais il n'est pas toujours facile de bien juger s'il en jouit à titre de propriétaire, ou seulement *jure servitutis*, parce qu'en effet il est possible qu'il n'y ait pas de titre, ou que celui qui est produit ne s'explique pas clairement sur la nature de la concession, par exemple, s'il se borne à dire : *Un tel aura le droit de pratiquer un canal dans le fonds pour conduire l'eau au moulin qu'il se propose de construire;* et, dans l'un ou l'autre cas, parce qu'il est possible aussi que le propriétaire de l'usine n'ait fait aucun des actes qui rendent plus ou moins manifeste la propriété du canal, comme serait d'en emporter le rejet à chaque fois qu'il est curé, de percevoir les herbes ou autres produits qui se trouveraient sur ses bords, etc.

La difficulté est sérieuse, et la question importante; car si le propriétaire de l'usine est aussi propriétaire du canal, le riverain, ou celui dont l'héritage en est traversé, ne peut, comme on vient de le voir, se servir de l'eau qu'autant qu'il en aurait acquis le droit par titre ou par prescription. Si, au contraire, son fonds n'est grevé que d'une simple servitude de conduite d'eau, ce propriétaire ne peut rien faire sans doute qui diminue l'usage de la servitude quant à l'objet pour lequel elle a été établie, mais il peut du moins se servir du superflu de l'eau, soit quand l'usine est en chômage, soit lorsque les eaux sont très-abondantes ; en un mot, ses obligations et ses droits à cet égard seraient écrits dans l'art. 701, qui deviendrait le régulateur des prétentions respectives des parties.

Il paraît que les arrêts des 13 décembre 1608 et 15 juillet 1656, précédemment cités, en interdisant au propriétaire du fonds traversé par un canal creusé de main d'homme, d'y prendre l'eau pour l'irrigation de son fonds, ont statué dans des espèces où il n'y avait pas de titres qui décidassent positivement que le canal était la propriété du maître du moulin; que ce n'est que par présomption et conjecture que les parlements l'ont ainsi jugé : car Lacombe, au mot *Eau*, nº 2, dit en citant ces arrêts : « Le propriétaire du moulin est censé propriétaire de la biez ou du « canal qui y conduit l'eau, et qui est fait de « main d'homme; ainsi les propriétaires des prés « près desquels passe la biez ou le canal du moulin n'en peuvent prendre l'eau pour les arroser « sans un titre exprès, et la possession n'en peut « acquérir le droit. »

Henrys (3) raisonne de la même manière. « Il « faut croire, dit-il, que le propriétaire du moulin, avant de le bâtir, s'est assuré de la prise « d'eau et du passage d'icelle, et que par conséquent il est propriétaire de l'eau et du canal. »

La conséquence ne nous paraît nullement nécessaire, puisque ce peut être aussi bien à titre de servitude qu'à titre de propriétaire du terrain sur lequel règne le canal, qu'il a acquis le droit de l'y pratiquer.

M. Favard dit aussi, dans son *Répertoire*, vº *Servitudes*, que « du fait seul de la construc-

(1) Code de Hollande, article 713.

(2) Lacombe, au mot *Eau*, nº 2, dit, en citant les arrêts des 13 décembre 1608 et 15 juillet 1656, précités, *que la possession n'en peut acquérir le droit*. Nous ne voyons pas pourquoi, si elle a réuni toutes les conditions exigées par la loi, si elle a été paisible, publique, non équivoque et à titre non précaire. La loi ne fait pas plus exception pour ce cas que pour tout autre; ce sera aux tribunaux à bien examiner les caractères qu'a eus la possession. Il faudra notamment qu'il y ait eu des travaux apparents, attendu qu'aux termes de l'article 689, les servitudes apparentes, et qui sont les seules qui puissent s'acquérir par prescription (691), sont celles qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc. Or, on ne regarderait pas la servitude comme apparente parce qu'on verrait simplement l'eau couler, mais parce qu'on aurait fait des ouvrages extérieurs, apparents, pour la prendre dans le canal et la faire couler dans le fonds.

(3) Tome II, livre 4, quest. 149.

« tion d'un canal sur son terrain ou *sur celui* « *d'autrui* résulte une présomption de droit de « la propriété exclusive de ce canal. »

Mais il nous semble qu'une présomption de droit doit être établie par une loi : or, nous n'en connaissons pas, et on n'en cite pas qui établisse cette présomption à l'égard du canal creusé dans *le terrain d'autrui*. Il y en a même une qui établit la présomption contraire ; c'est l'art. 552, qui porte que la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous.

Dans les espèces sur lesquelles sont intervenus les arrêts de la cour de cassation que nous avons cités, les cours royales ayant jugé en fait, d'après les circonstances de la cause, et peut-être, nous l'avouerons, d'après la présomption consacrée par l'ancienne jurisprudence, que le propriétaire de l'usine, l'était aussi du canal, la cour suprême n'avait plus qu'à proclamer les principes exposés sur ce cas : aussi ses décisions ne nous paraissent-elles point avoir porté sur l'objet de la difficulté actuelle.

Il en eût été autrement que, malgré le juste respect qu'elles nous inspirent, nous n'aurions pu y souscrire pour le cas où la question aurait dû se décider d'après les principes des lois nouvelles ; car le Code, qui a spécialement reconnu des présomptions de propriété exclusive dans plusieurs circonstances, n'en a point établi de semblable dans l'espèce dont il s'agit : dès lors celle alléguée par Henrys et Lacombe ne peut être aujourd'hui qu'une présomption de fait seulement ; or, le juge ne peut se déterminer par le secours d'une telle présomption que dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale (article 1353) (1), c'est-à-dire, en général, quand l'objet du litige n'excède pas une valeur de 150 fr.

On doit donc, du moins dans les questions qui auraient pris naissance sous le Code, en revenir aux principes généraux, et les principes généraux veulent que, dans le doute, la présomption soit en faveur de l'obligation la moins onéreuse ; spécialement en matière de servitude, que l'on incline pour la charge la moins grave ; et conséquemment enfin que, dans l'incertitude s'il y a eu concession de la propriété du terrain sur lequel est pratiqué le canal, ou simplement la servitude de conduite d'eau, on se décide plutôt pour la servitude, comme moins onéreuse au fonds qu'un démembrement de ce même fonds.

Nous ne déciderions autrement qu'autant que la possession du canal aurait eu régulièrement et continuellement les caractères qui indiquent le droit de propriété : comme si le propriétaire de l'usine, en le nettoyant, en avait emporté constamment le rejet, s'il avait pris les herbes ou autres produits qui croissent sur ses bords, etc. Mais, dans le cas contraire, il est présumé, selon nous, n'en avoir joui qu'à titre de servitude.

241. Nous terminerons nos observations sur les droits des particuliers à se servir des eaux courantes qui ne sont point des dépendances du domaine public, en résumant ce que nous avons déjà dit, que, d'après les lois des 12 août 1790 (chap. 6), 23 septembre-6 octobre 1791 (tit. 2. art. 16), 14 floréal an XI, 16 septembre 1807 (tit. 7), c'est à l'autorité administrative à rechercher et indiquer les moyens de procurer le libre cours des eaux, d'empêcher que les prairies ne soient submergées par la trop grande élévation des écluses des moulins et par les autres ouvrages d'art établis sur les rivières, de diriger enfin, autant qu'il est possible, toutes les eaux de chaque territoire vers un but d'utilité générale, d'après les principes de l'irrigation ; de déterminer en conséquence la hauteur des déversoirs des moulins et autres semblables établissements, de manière que les eaux ne nuisent à personne ; d'en faire opérer le curage lorsqu'il est devenu nécessaire, et de fixer la distance qui doit être observée entre ces établissements, afin qu'ils ne se nuisent pas réciproquement.

242. Pour remplir ces vues d'utilité publique, le préfet qui a l'exercice des pouvoirs administratifs, que la loi du 12 août 1790 et autres suivantes avaient confié aux administrations centrales, peut faire les règlements nécessaires, ordonner les travaux qu'il juge convenables, défendre ceux qu'il croit nuisibles ; et le devoir des tribunaux est de respecter ces actes de l'administration (2).

(1) Code de Hollande, art. 1959.

(2) Instruction sur la loi du 22 décembre 1789. — Loi du 24 août 1790, tit. 2, art. 13. — Loi du 16 fructidor an III. — Code civil, art. 714. — Code pén., art. 127. Voyez le *Répertoire* de M. Favard, au mot *Servitudes*, sect. 2, § 1, n° 12.

Mais le préfet ne doit porter aucune atteinte à la *propriété particulière*, aux *droits légitimement acquis :* son pouvoir se borne à la *police* des eaux, c'est-à-dire à une espèce de providence, toute dans *l'intérêt général*. Il ne statue point *entre les personnes*, comme les tribunaux ; il prescrit une *règle commune* applicable *aux choses*, quels qu'en soient les possesseurs (1).

Il doit aussi avoir soin de ne point empiéter sur le pouvoir réservé au roi de faire les règlements d'administration publique.

243. Par application de ces principes, une ordonnance du roi du 14 août 1822 (2) a décidé :

1° Que les préfets peuvent faire des dispositions administratives pour régler un cours d'eau qui n'est ni navigable ni flottable;

2° Que ces arrêtés ne peuvent être l'objet d'un pourvoi au conseil d'État, s'ils n'ont pas été préalablement déférés au ministre de l'intérieur (3) ;

3° Que les contraventions à ces règlements de police (4) ne peuvent être jugées que par les tribunaux ordinaires ;

4° Que les tribunaux sont de même seuls compétents pour juger une question de propriété résultant, soit d'une possession immémoriale, soit de titres anciens;

5° Que les préfets commettent un excès de pouvoir lorsqu'ils ordonnent, à l'égard de ces cours d'eau, des mesures de nature à faire l'objet d'un règlement d'administration publique.

Ainsi, l'administration elle-même ne peut, par des mesures de police concernant les eaux, porter atteinte aux droits acquis.

244. Et quand il s'élève une difficulté au sujet des eaux, les juges de paix qui en sont saisis comme juges du possessoire doivent s'abstenir de prononcer sur ce qui touche le fond du droit, même quand il ne s'agirait que de la quantité d'eau réclamée par chacun des contendants ; ils cumuleraient ainsi le pétitoire avec le possessoire, et violeraient la plus importante des règles qui fixent leurs attributions. Ils doivent donc se borner à réprimer les entreprises qui ont été faites dans l'année, en ordonnant le rétablissement des lieux dans leur premier état, ou maintenir en possession, suivant les circonstances du fait.

SECTION II.

DU BORNAGE

SOMMAIRE.

245. *Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage : il se fait à frais communs.*
246. *De l'action de bornage dans le droit romain.*
247. *La loi du 24 août 1790 et le Code de procédure civile mettent dans les attributions des juges de paix l'action en déplacement de bornes, mais non celle de bornage.*
248. *Beaucoup de juges de paix font cependant confusion à cet égard.*
249. *Suite.*
250. *Moyen à employer pour rendre le juge de paix compétent pour statuer sur un bornage même primitif.*
251. *Un juge de paix peut-il, à l'occasion d'une action possessoire pour usurpation de terres, ordonner que des bornes seront plantées?*
252. *Suite.*
253. *Conséquences de ce que l'action en bornage porte sur une question de propriété.*
254. *Cette action doit être portée au tribunal de la situation des immeubles.*
255. *En principe, elle est soumise au préliminaire de conciliation.*
256. *Pour régler les confins, on suit, en général, les titres les plus anciens.*
257. *Le bornage peut être réclamé par les emphytéotes et les usufruitiers.*

(1) M. Favard, *loc. cit.* — « Quoique les contestations entre riverains sur l'usage des eaux d'une rivière non navigable et non flottable soit du ressort des tribunaux, la police de ces eaux et la fixation du *maximum* de la retenue appartiennent à l'autorité administrative. C'est aussi devant l'autorité administrative que doit réclamer le concessionnaire d'une retenue d'eau, s'il prétend que le clou de repère n'a pas été placé conformément aux stipulations de son octroi. » (Cour de cassation de Belgique, 6 juin 1834, *Jurisprudence de Belgique*, 1834, I, page 332.)

(2) L'espèce sur laquelle elle est intervenue se trouve dans le même *Répertoire*, à l'endroit ci-dessus cité.

(3) Telle est en effet la hiérarchie administrative ; et c'est contre la décision du ministre que peut avoir lieu le recours au conseil d'État.

(4) Par des entreprises faites par un particulier au préjudice d'un autre.

258. *Il peut l'être aussi contre une commune et contre l'État.*

259. *Un des voisins ne peut se refuser à planter des bornes, sur le seul motif qu'il existe des arbres ou des buissons qui limitent suffisamment les fonds.*

260. *Le bornage n'est pas attributif, mais seulement déclaratif de la contenance; modification que peut souffrir ce principe.*

245. Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës.

Le bornage se fait à frais communs. (Article 646) (1).

Le droit de pouvoir le réclamer est fondé sur une obligation qui naît du voisinage, et il peut être exercé à toute époque. Il est imprescriptible, parce que la cause qui le produit est toujours existante.

Le bornage a pour objet de régler les confins des héritages, afin de prévenir les empiétements : aussi les anciens avaient-ils mis leurs champs sous la protection du dieu *Terme* (2).

246. L'action du bornage, chez les Romains, avait pour effet d'obliger le propriétaire du fonds attenant de laisser un espace vide de cinq pieds entre les deux fonds limitrophes. On appelait *fines agrorum* cet espace qui, d'après la loi des Douze Tables, était imprescriptible (3); et les fonds limitrophes étaient appelés *confines, propter finium communitatem* (4).

Elle avait aussi pour objet la revendication des empiétements ou usurpations faites au delà du confin sur la propriété du demandeur (5); et c'est pour cela que la loi 1, ff. à ce titre, dit : *Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est* (6).

Indépendamment de cette action, il y avait celle pour cause de déplacement de bornes (7). Elle était criminelle, car c'était un crime que d'arracher ou déplacer les bornes (8); c'était un outrage à la religion.

247. La loi du 24 août 1790, et l'art. 3 du Code de procédure civile, mettent dans les attributions des juges de paix (et de celui de la situation de l'objet litigieux) la connaissance des actions pour dommages aux champs, fruits et récoltes; *déplacement de bornes* (9), usurpation de terres, arbres, haies, fossés et autres clôtures, commis dans l'année; pour entreprise sur les cours d'eau, commises pareillement dans l'année, et de toutes autres actions possessoires.

Mais ce n'est point l'action de bornage : celle-ci ne suppose pas qu'il a déjà eu lieu, comme celle en déplacement de bornes le suppose.

Dans cette dernière, il ne s'agit que du fait de déplacement des bornes, commis dans l'année, et l'office du juge de paix consiste à en ordonner le rétablissement, afin de maintenir le demandeur dans la possession où il est du terrain qui était renfermé dans les bornes tant qu'elles existaient dans leur état primitif : c'est donc une véritable action possessoire; aussi le juge de paix n'est-il compétent pour en connaître que dans l'année du trouble : passé ce temps, la cause doit être portée au pétitoire, parce qu'il s'agit alors, non plus de la simple possession, mais de la propriété du terrain objet de la contestation.

Au contraire, l'action de bornage primitif touche essentiellement au droit de propriété; elle a pour objet d'en déterminer l'étendue, en déterminant respectivement celle des fonds contigus eux-mêmes : par conséquent, elle n'est point de la compétence du juge de paix, mais bien de celle des tribunaux ordinaires, quand même il

(1) Code de Hollande, article 678.

(2) Chaque borne représentait ce dieu :

Termine, vel lapis, tu quoque numen habes.
Ovid. Fast. II.

(3) Mais il l'est devenu par la suite, suivant la loi dernière au Code, tit. *Finium regund.*, et c'était par la prescription de trente ans.

(4) *Voyez* la L. 5, Code, au même titre; et la L. 4, § 10, ff. aussi au même titre.

(5) L. 8, ff. *hoc. tit.*

(6) Telle est aussi la raison pour laquelle, suivant Pothier, sur la L. 37, § 1, ff. *de Oblig. et action.*, l'action de bornage est qualifiée *mixte*, comme celle de partage, *quod et vindicationem quamdam constituunt, et simul præstationes multas personales.*

(7) *Voyez* au Digeste et au Code, le titre de *Termino moto.*

(8) L. 4, § 4, ff. *Finium regund.*

Voyez, quant à la peine portée contre ce genre de délit par nos lois, l'article 456 du Code pénal.

(9) Bien entendu quand l'action est intentée au civil; car si elle l'était au criminel, le juge de paix, même jugeant en police, serait incompétent pour en connaître, puisque le délit entraîne une peine correctionnelle; et cette peine étant de plus de cinq jours d'emprisonnement et d'une amende qui excède 15 francs, ne peut être appliquée par les juges de paix, mais par les tribunaux correctionnels. (Article 137, Code d'instr. criminelle, et 456, Code pénal, combinés.)

n'y aurait pas de contestation élevée sur une portion de terrain quelconque ; sauf aux parties, ainsi que l'art. 7 du Code de procédure leur en donne le droit, à le prendre pour juge amiable, à l'effet de présider au bornage de leur propriété et de le constater par un procès-verbal qui vaudra pour elles jugement. C'est même la voie la plus simple et la moins coûteuse.

248. Beaucoup de juges de paix font cependant une confusion fautive entre la demande à fin de bornage et l'action pour déplacement d'un bornage ancien et contesté, se regardant, quoique leur juridiction n'ait pas été prorogée conformément à cet article 7, comme compétents pour connaître de l'une et de l'autre ; mais c'est faute par eux de bien se pénétrer des règles qui fixent leurs attributions (1).

Parmi ceux-ci il en est, il est vrai, qui se déclarent incompétents dès qu'il y a contestation entre les parties sur la propriété de quelque portion de terrain, si l'une d'elles allègue l'incompétence ; ils évitent par là de cumuler mal à propos le pétitoire et le possessoire ; mais ce n'est pas moins de leur part un tort que de ne pas se déclarer d'eux-mêmes incompétents, puisqu'ils le sont à raison de la matière, et qu'en pareil cas la loi (art. 170, Code de procéd.) leur en fait un devoir, tant que leur juridiction n'a pas été régulièrement prorogée. Or, le silence des parties ne suffit point à cet effet ; il faut une déclaration expresse de leur part. Chacun sait que dans les campagnes surtout, beaucoup de personnes ne sont point à portée de faire la distinction entre l'action de bornage primitif et l'action possessoire en déplacement de bornes, d'où il suit naturellement que leur silence ne devrait pas être considéré par le juge de paix comme une prorogation de sa juridiction, et que ce magistrat devrait, au contraire, spécialement les avertir de son incompétence, afin qu'elles aient à voir s'il leur convient de le prendre pour juge du différend, suivant la disposition de l'article 7 précité.

249. Ces observations doivent encore trouver une bien plus fréquente application dans les actions en déplacement de bornes ou contestation de bornage intentées après l'année du fait qui leur a donné naissance, comme on le voit si souvent. Dans ces cas, le juge de paix est aussi incompétent que s'il s'agissait d'une demande à fin de bornage primitif, et il ne devrait pas se contenter de se déclarer tel sur l'exception proposée par l'une des parties ; il devrait, de plus, leur faire connaître son incompétence, et ne décider la contestation qu'en vertu d'une prorogation de juridiction.

250. Dans tous ces cas, où le juge de paix est incompétent, le demandeur agira prudemment s'il convient avec l'autre partie de cette prorogation de juridiction, avant de porter sa demande devant lui. En agissant autrement, il s'expose aux frais frustratoires de l'instance qui aurait lieu devant ce magistrat, s'il se déclarait de lui-même incompétent, ou si le déclinatoire était proposé par l'autre partie, ou enfin si, comme cela devrait être, les opérations étaient annulées pour cette cause.

251. On a toutefois jugé en cassation (2) qu'un juge de paix est compétent pour ordonner, à l'occasion et par suite d'une action possessoire pour usurpation de terres, intentée dans les délais de droit, que des bornes seront placées pour déterminer la limite des deux héritages ; qu'il ne cumule point en cela le pétitoire et le possessoire. La cour s'est fondée sur ce que le juge de paix étant compétent pour connaître de toute action possessoire et notamment de toutes usurpations de terres, de *déplacement de bornes* commis dans l'année, il l'est conséquemment pour connaître de l'action en plantation de bornes en pareil cas.

Dans cette espèce, la demande à fin de plantation de bornes n'était qu'accessoire à l'action en trouble de possession, et telle est la véritable raison qui a fait maintenir la décision du juge de paix, ce qui n'aurait pas eu lieu si l'action pos-

(1) L'article 48 du projet de Code rural, imprimé en 1808 par ordre du gouvernement, suppose que l'action en bornage est dans les attributions des juges de paix, comme celle en déplacement de bornes. Ce projet ayant été envoyé aux commissions consultatives nommées dans les départements, plusieurs d'entre elles se sont prononcées en faveur de cette nouvelle attribution, d'autres contre. Dans l'état actuel de la législation, elle n'existe réellement pas, quoique M. Malleville ait écrit le contraire dans son Commentaire sur l'article 646 du Code civil.

(2) Arrêt de rejet du 27 avril 1814. (Sirey, 1814, I, 294.)

sessoire n'eût été intentée qu'après l'année, ou si c'eût été une demande directe et principale de bornage primitif, sans que, dans l'un et l'autre cas, sa juridiction eût été prorogée.

252. Nous ferons, au surplus, remarquer que la plantation de bornes n'a pu avoir, dans l'espèce, que des effets relatifs à la possession, et nullement quant à la propriété : d'où il résultait que celui contre qui elle a été ordonnée aurait pu se pourvoir au pétitoire, par action nouvelle, pour faire ordonner un bornage définitif et différent du premier, en prouvant, contre la possession de son adversaire, que telle ou telle partie de terrain, dont le premier bornage le privait, lui appartenait à lui-même en propriété.

253. De ce que l'action en bornage n'est point une simple action possessoire, comme celle pour déplacement de bornes, nous tirons la conséquence que, sous le régime de la communauté, le mari, qui peut exercer seul les actions possessoires qui compètent à sa femme (art. 1428), parce que ce sont des actes de conservation, n'a pas, dans le même cas, qualité pour intenter seul celle en bornage, de manière que ce qui serait décidé contre lui dût être censé décidé contre sa femme. Il vaut donc mieux qu'elle soit mise en cause.

Si les deux voisins n'ont pas tous deux le libre exercice de leurs droits, comme lorsque l'un d'eux est mineur ou interdit, les bornes doivent être placées en vertu d'une décision judiciaire, par des experts nommés d'office, qui prêtent serment et font le rapport de leur procès-verbal dans les formes tracées au Code de procédure.

254. Cette action, comme intéressant directement la propriété, doit, ainsi que celle en partage, être portée au tribunal de la situation des héritages qu'il s'agit de limiter. (Art. 59, Code de procéd.)

255. Elle est, en principe, soumise au préliminaire de conciliation, puisqu'elle est principale et introductive d'instance. (Art. 49, *ibid.*)

256. Pour régler les confins sur l'action de bornage proprement dite, on suit les plus anciens monuments ou titres, à moins qu'il n'y ait preuve d'un changement de confins (1).

A Rome, on suivait aussi l'autorité du cens (ou cadastre) antérieur à la demande (2), et il en doit être de même chez nous.

Pour s'éclairer sur l'objet de la difficulté, quand les parties ne sont pas d'accord sur les limites, ordinairement le tribunal ordonne que des experts choisis par elles, ou, si elles ne s'accordent pas sur le choix, nommés d'office, feront leur rapport sur l'état des lieux, et, d'après ce rapport, il détermine les confins et prescrit la plantation des bornes.

257. Non-seulement les propriétaires peuvent exercer les uns vis-à-vis des autres l'action de bornage, mais elle peut même être exercée par les emphytéotes et les usufruitiers (3). Ceux-ci ont intérêt et droit de faire déterminer ce dont ils doivent jouir. Il vaut toutefois mieux faire intervenir les propriétaires, afin de prévenir les difficultés qui pourraient s'élever par la suite entre ces derniers et les voisins, sur un règlement auquel ces mêmes propriétaires n'auraient point participé.

258. Le bornage peut également être invoqué par un particulier contre une commune ou communauté d'habitants, ou un établissement public, et *vice versa*.

Par la même raison, il peut l'être entre les communes et établissements publics ; et, suivant le nouveau *Code forestier*, qui trace les formalités à suivre à cet effet, il peut être réclamé contre l'État lui-même, comme par l'État contre les particuliers ou les communes et établissements publics.

259. L'un des voisins ne peut se refuser à planter des bornes à frais communs, sur le motif que les limites de son héritage sont déterminées par des haies vives, arbres anciens ou pieds-corniers, ou épines de foi. Ces signes, qui peuvent servir dans beaucoup de cas à fixer les limites des

(1) L. 11, ff. *Finium regund.*
(2) Même loi.

(3) L. 11, § 9, ff. *hoc tit.*

deux fonds, ne suffisent point pour faire rejeter une action formellement accordée par la loi, et qui a pour objet d'établir une délimitation bien plus certaine et plus durable (1).

260. Au surplus, le bornage ne donne pas plus de terrain que n'en donne le titre, par la raison qu'il n'est pas attributif, mais bien déclaratif de la propriété, c'est-à-dire de la contenance; d'où il suit que si l'un des voisins a moins de contenance que ne lui en donne son titre ou celui de ses auteurs et l'autre plus que ne lui en donne le sien, on reviendra au titre (2).

Cependant, si le bornage avait été fait d'un commun accord, et qu'il y eût un procès-verbal de plantation de bornes auquel le bornage serait conforme, on présumerait qu'il y a eu arrangement entre les parties et cession d'une portion de terrain par l'une à l'autre pour redresser la ligne séparative, ou pour tout autre motif, et que le prix de cette cession a été payé avant la plantation des bornes, à moins que le contraire ne résultât du procès-verbal ou de tout autre acte.

La possession du terrain pendant le temps requis pour la prescription assurerait aussi, depuis le bornage, comme auparavant, la propriété du terrain possédé à celui qui le posséderait. S'il y avait des bornes, on les maintiendrait; s'il n'y en avait pas, la possession servirait à déterminer le lieu où il en devrait être planté : dans les deux cas, elle donnerait toujours les véritables limites. (Art. 2262.)

Mais la simple possession annale n'aurait d'autre effet que d'obliger celui qui se plaindrait que le bornage ne donne pas à chacun la contenance portée aux titres de propriété, à prouver sa prétention au pétitoire, à prouver l'usurpation du voisin; car il succomberait même au possessoire, si d'ailleurs la jouissance du voisin était paisible, publique et à titre de propriétaire, caractères qu'elle réunira ordinairement tant qu'il ne sera pas démontré qu'il y a eu déplacement de bornes.

Et cet effet serait le même, encore que la possession eût moins d'un an (parce que, par exemple, les bornes auraient été plantées depuis moins d'une année), en ce sens que ce serait à celui qui se plaindrait qu'elles n'expriment pas la juste limite des deux fonds, à prouver ou le déplacement des bornes, s'il l'alléguait, ou l'erreur commise en les plantant. Elles font foi jusqu'à preuve du contraire. Si elles n'avaient point cet effet, on ne concevrait pas le motif qui aurait porté le législateur à donner à chacun des voisins une action contre l'autre pour l'obliger à les planter.

Si, par le résultat d'un arpentage, et lorsqu'il existe un bornage régulier, il se trouve que l'un des voisins a plus de terrain que n'en portent ses titres, mais que l'autre ait tout ce que ses titres lui donnent, il n'y aura pas lieu pour cela au partage de l'excédant qu'a le premier; car cet excédant peut aussi bien provenir de l'inexactitude des énonciations du contrat, des évaluations de mesures, qui très-souvent ne se font que d'une manière approximative, que d'une erreur dans l'opération du bornage ou du fait d'une usurpation. Celui qui a la contenance portée à son titre n'a point à se plaindre, et conséquemment n'a rien à demander au delà des bornes qui sont conformes à ce même titre. Ce n'est que dans le cas du déficit constaté de son côté et d'excédant de l'autre, qu'il peut réclamer, parce qu'alors il est prouvé que cet excédant a été formé à ses dépens.

SECTION III.

DU DROIT DE SE CLORE ET DU PARCOURS.

SOMMAIRE.

261. *En principe, tout propriétaire peut se clore.*
262. *L'exercice de cette faculté n'est point, en général, une charge pour le voisin.*
263. *Indépendamment du cas prévu à l'art 682, un propriétaire n'a pas le droit de se clore dans le lieu par où il devrait une servitude de passage.*
264. *Comment s'entend la disposition de l'art. 648, qui porte que celui qui veut se clore perd son droit au parcours et à la vaine pâture, en proportion du terrain qu'il y soustrait : dispositions de la loi du 6 octobre 1791 relatives au droit de parcours.*

(1) Arrêt de cass. du 30 novemb. 1818. (Sirey, 1819, 1, 232.)

(2) *Qui majorem locum in territorio habere dicitur, cæteris qui minus possident, integrum locum assignare compellitur.* L. 7, ff. *Finium regund.*

261. Du droit de propriété résulte aussi celui de se clore. La conservation de la chose, sa jouissance paisible, sont, en effet, des attributs du domaine.

Les dispositions du Code à cet égard sont renfermées dans les articles 647 et 648 (1), ainsi conçus :

« Tout propriétaire peut clore son héritage, « sauf l'exception portée en l'article 682.

« Le propriétaire qui veut se clore perd son « droit au parcours et vaine pâture, en propor- « tion du terrain qu'il y soustrait. »

262. En général, l'exercice de cette faculté n'est point pour le voisin une charge ou une servitude quelconque ; il ne contribue d'ailleurs en aucune manière aux frais de clôture ; mais dans certains cas, mentionnés à l'art. 663, et dont nous traiterons au chapitre suivant, c'est en quelque sorte une servitude que la loi impose à la possession du fonds voisin, attendu que le possesseur est obligé de contribuer aux frais de la clôture, ne dût-il, par le fait, en retirer aucun avantage. Il y a présomption contraire. C'est une charge du voisinage.

263. En ne faisant exception au principe que pour le cas prévu à l'article 682, c'est-à-dire quand le propriétaire d'un fonds enclavé et qui n'a aucune issue sur la voie publique réclame du voisin la cession d'un passage pour l'exploitation de ce fonds, l'article 647 statue dans les termes du droit commun ; car si le fonds que l'on veut clore était grevé d'une servitude, dont l'exercice s'opposerait à la clôture, il est clair qu'elle ne pourrait avoir lieu sans l'assentiment du propriétaire de l'héritage au profit duquel serait établie cette servitude. Tel serait le cas, par exemple, d'un droit de passage *libre* par ce fonds. Il faudrait toujours laisser sans clôture le lieu par où il s'exercerait ; on ne pourrait y pratiquer une porte, une barrière, même en offrant à ce propriétaire une clef, ou en se soumettant à l'obligation de venir lui ouvrir la barrière quand il voudrait passer. L'exercice de la servitude doit être libre, ou du moins conforme au titre.

264. A la seule inspection de l'art. 648 on ne voit pas bien clairement de quelle manière le propriétaire qui veut se clore perd son droit au parcours et vaine pâture en proportion du terrain qu'il y soustrait. Pour la parfaite intelligence de cette disposition, il faut se reporter à la loi des 28 septembre — 6 octobre 1791, sur *la Police rurale*, qui a maintenu ce droit dans les communes où il s'exerçait lors de la publication de cette loi.

L'article 2 de la section 4 du tit. I porte : « La « servitude de paroisse à paroisse, connue sous « le nom de *parcours*, et qui entraîne avec elle « le droit de *vaine pâture*, continuera provisoire- « ment d'avoir lieu, avec les restrictions déter- « minées à la présente section, lorsque cette « servitude *sera fondée sur un titre ou sur une « possession autorisée par les lois et coutumes;* « à tous autres égards elle est abolie. »

L'article 3 s'exprime ainsi : « Le droit de vaine « pâture dans une paroisse, accompagné ou non « de la servitude de parcours, ne pourra exister « que dans les lieux où il est fondé sur un titre « particulier, ou autorisé par la loi, ou par un « usage local immémorial, et à la charge que la « vaine pâture n'y sera exercée que conformé- « ment aux règles et usages locaux qui ne con- « trarieront point les réserves portées dans les « articles suivants. »

265. Un de ces articles, le 11[e] de la même section, autorise tout propriétaire à clore ses héritages, « même par rapport aux prairies dans « les paroisses où, *sans titre de propriété, et « seulement par l'usage, elles deviennent com- « munes à tous les habitants*, soit immédiate- « ment après la première herbe, soit dans tout « autre temps déterminé. »

De là est née la question de savoir si, quand les habitants d'une commune ont le parcours ou

(1) Code de Hollande, art. 679 et 680.

la vaine pâture *fondée sur un titre*, un propriétaire peut se clore.

Cette question a été jugée deux fois négativement par la cour suprême : la première, avant le Code (1), la seconde, depuis le Code (2). Dans la première affaire, il ne pouvait y avoir aucun doute sérieux, puisque la faculté de se clore, reconnue par l'art. 11 ci-dessus, est formellement refusée dans le cas où les habitants ont le droit de parcours ou de vaine pâture fondée sur un *titre*.

Ce n'était donc que dans l'espèce jugée sous le Code, qu'il pouvait y avoir doute, parce que l'art. 647 ne fait exception au principe, *tout propriétaire peut se clore*, que seulement pour le cas prévu à l'art. 682; mais le Code ne suppose pas qu'il y a servitude constituée par titre, ainsi que le droit *de parcours* en est une, aux termes de l'art. 2 ci-dessus cité; il ne suppose non plus s'il ne s'agit que de la *vaine pâture* entre habitants d'une même commune, qu'il y a entre eux association à ce sujet, et c'est cependant ce qui existe quand il y a titre : or cette association a établi une servitude réciproque, et dès lors les art. 696 et 701 deviennent applicables. Il suppose, au contraire, ce que supposerait l'art. 11 précité, qu'il n'y a pas de titre, mais que la faculté de parcours ou de vaine pâture résulte seulement de l'usage; car s'il eût voulu déroger à cet art. 11, il l'eût dit : il n'eût pu d'ailleurs le faire sans porter atteinte à un droit acquis (3).

266. C'est dans la combinaison des art. 13 et 16 de la loi précitée, que l'on trouve le moyen d'appliquer la disposition de l'art. 648 du Code, qui est toutefois sujette à beaucoup de difficultés dans la pratique. Ces articles sont ainsi conçus :

Art. 13. « La quantité de bétail, proportion- « nellement à l'étendue du terrain, sera fixée, « dans chaque paroisse, à tant de bêtes par ar- « pent, d'après les règlements et usages locaux; « et, à défaut de documents positifs à cet égard, « il y sera pourvu par le conseil général de la « commune. »

Art. 16. « Quand un propriétaire d'un pays « de parcours ou de vaine pâture aura clos une « partie de sa propriété, le nombre de têtes de « bétail qu'il pourra continuer d'envoyer dans le « troupeau commun, ou par troupeau séparé, « *sur les terres particulières des habitants de la* « *communauté*, sera restreint proportionnelle- « ment, et suivant les dispositions de l'art. 13 « de la présente section. »

D'après cette loi, il n'est pas même nécessaire de posséder des terres dans la commune pour pouvoir jouir du droit de parcours ou de vaine pâture, car l'article 14 porte : « Néanmoins tout « chef de famille domicilié, qui ne sera ni pro- « priétaire ni fermier d'aucuns terrains sujets au « parcours ou à la vaine pâture, et le proprié- « taire ou fermier à qui la modicité de son ex- « ploitation n'assurerait pas l'avantage qui va être « déterminé, pourront mettre sur lesdits ter- « rains, soit par troupeau séparé, soit en troupeau « commun, jusqu'au nombre de six bêtes à laine, « et d'une vache et son veau, sans préjudice du « droit desdites personnes sur les terres commu- « nales, s'il y en a dans la paroisse, et sans « entendre rien innover aux lois, coutumes et « usages locaux de temps immémorial qui leur « accorderaient un plus grand avantage. »

267. Enfin l'article 8 de la même section autorise, *entre particuliers*, le rachat, à dire d'experts, des droits de *vaine pâture* fondés en titre, même dans les bois, sans préjudice du droit de cantonnement établi par le décret du 19 septembre 1790 en faveur des propriétaires, et étendu par celui du 28 août 1792 aux usagers.

Mais le nouveau Code forestier modifie ces dispositions :

1° En ce que, d'après ce Code, le cantonnement ne peut être demandé *dans les bois et forêts*, quand il ne s'agit que de droits de parcours ou pâturage. Il y a seulement lieu au rachat, et sur la demande du maître du fonds, quel qu'il soit; et le rachat est réglé à l'amiable ou par les tribunaux.

2° En ce que la loi ci-dessus n'établissait la

(1) Arrêt du 14 fructidor an XI, rendu contrairement aux conclusions de M. Merlin. *Voyez* le *Répertoire*, au mot *Vaine pâture*, § 4.

(2) Arrêt de cassation, du 13 décembre 1808. (Sirey, 1809, 1, 72.) (Le précédent arrêt s'y trouve aussi rapporté.)

(3) MM. Favard de Langlade, Delvincourt, et Toullier sont aussi de ce sentiment.

faculté du rachat des droits de vaine pâture, même dans les bois, qu'*entre particuliers ;* tandis que le nouveau Code forestier le consacre généralement *dans les bois* (1).

S'il y a eu rachat ou cantonnement, alors la clôture a lieu sans difficulté.

CHAPITRE II.

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LA LOI.

SOMMAIRE.

268. *Objets généraux des servitudes établies par la loi.*

268. Les servitudes établies par la loi, et qui forment la seconde classe des servitudes dans l'ordre du Code, sont généralement des obligations de voisinage, des charges et des avantages attachés à la propriété, existant indépendamment de toute convention (art. 651-1370); et telle est la raison pour laquelle on les appelle *servitudes légales*.

Elles ont pour objet l'utilité publique ou communale;

Ou l'utilité des particuliers. (Art. 649) (2).

Nous parlerons d'abord des servitudes légales qui ont pour objet l'utilité publique ou communale; mais nous ne pourrons donner sur cette matière, si vaste et soumise à tant de règles de détail, qu'une analyse succincte et rapide, propre seulement à en retracer les principes généraux.

Nous traiterons ensuite des servitudes qui ont pour objet l'utilité des particuliers, et qui, à ce titre, sont spécialement régies par les dispositions du Code, dont le but est de régler les intérêts privés.

SECTION PREMIÈRE.

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LA LOI, ET AYANT POUR OBJET L'UTILITÉ PUBLIQUE OU COMMUNALE.

SOMMAIRE.

269. *Objets généraux auxquels se rapportent les servitudes légales établies pour l'utilité publique ou communale.*

§ Ier.

Du marchepied ou chemin de halage.

270. *Disposition de l'ordonnance de 1669 sur ce point.*

271. *Divers décrets relatifs au même objet.*

272. *Du chemin le long des cours d'eau flottables à* bûches perdues.

273. *Les chemins de halage des canaux font partie de la propriété des canaux.*

274. *Disposition de l'ordonnance de 1672 qui établit une espèce de servitude pour la formation des dépôts des bois nécessaires à l'approvisionnement de Paris.*

275. *Le sol et les produits des chemins de halage sur les fonds des particuliers appartiennent à ces derniers.*

276. *La navigation elle-même n'y peut former aucun établissement sans indemnité.*

§ II.

De la servitude légale concernant la construction ou réparation des chemins ou autres ouvrages publics ou communaux.

277. *Le décret du 16 décembre 1811 a divisé les routes royales en trois classes.*

278. *Texte de la loi du 28 juillet 1824, sur les chemins communaux.*

279. *La question de savoir si un chemin est vicinal ou communal, ou si c'est une voie privée, est de la compétence de l'autorité administrative : renvoi.*

280. *Il en est de même de celle de savoir s'il y a eu ou non usurpation sur un chemin vicinal ou communal.*

281. *Disposition de la loi du 6 octobre 1791 relative à l'extraction, dans les fonds des particuliers, des matières nécessaires à l'entretien des chemins publics.*

282. *Les contraventions en matière de grande voirie ont été réglées par la loi du 29 floréal an* x : *dispositions de cette loi.*

283. *Lois ou décrets relatifs à la plantation des routes; le curage et l'entretien des fossés ne sont plus à la charge des riverains.*

§ III.

Dispositions établies pour la conservation des bois et forêts de l'État et autres bois soumis au régime forestier.

284. *Restrictions générales auxquelles sont soumis les propriétaires de bois dans le libre exercice de leur droit de propriété.*

(1) *Voyez* ce qui a été dit à la section 3 du chapitre VI, et au chapitre VII du titre précédent, *supra*.

(2) Article supprimé dans le Code de Hollande.

283. *La servitude de l'ordonnance de 1669, imposée à tous riverains possédant bois joignant les forêts royales, de les séparer par des fossés, n'a point été maintenue par le nouveau Code forestier : les règles de délimitation qu'il établit ont paru devoir suffire.*
286. *Autres servitudes ou prohibitions établies par la même ordonnance.*
287. *Ces prohibitions n'étaient établies que dans l'intérêt des forêts royales seulement; le nouveau Code, en les modifiant, les consacre au profit de tous les bois soumis au régime forestier.*
288. *Ses dispositions générales à cet égard.*

§ IV.

De la prohibition de bâtir dans un certain rayon autour des places de guerre ou forteresses et des murs d'enceinte de la ville de Paris, et de la distance à observer pour les constructions qui avoisinent les cimetières.

289. *Diverses dispositions relatives à la prohibition de bâtir auprès des forteresses.*
290. *Leur résumé.*
291. *Prohibition de bâtir dans un certain rayon autour des murs d'enceinte de la ville de Paris.*
292. *Dispositions relatives aux constructions qui avoisinent les cimetières.*

§ V.

Quelle est la nature et quels sont les effets du droit qu'ont les particuliers d'user des choses publiques ou communales pour l'utilité de leurs propriétés.

293. *Les particuliers jouissent, sous certaines conditions et restrictions, des choses publiques ou communales pour l'utilité de leurs propriétés.*
294. *Quels sont les biens publics ou communaux que les particuliers font servir à l'utilité de leurs propriétés.*
295. *Les particuliers n'ont pas de véritables servitudes sur ces biens tant qu'ils conservent leur destination, mais un simple usage* jure civitatis.
296. *Doctrine d'un jurisconsulte sur les effets de cet usage.*
297. *Cas où cette doctrine ne serait point applicable.*
298. *Suite.*

269. D'après l'article 650 (1) du Code civil, les servitudes établies par la loi pour l'utilité publique ou communale ont pour objet :

1° Le marchepied le long des rivières navigables ou flottables ;

2° La construction ou réparation des chemins et autres ouvrages publics ou communaux.

Tout ce qui concerne cette espèce de servitude est déterminé par des lois ou règlements particuliers, dont nous allons indiquer les principales dispositions.

On peut aussi regarder comme servitudes légales établies pour l'utilité publique :

3° Celles qui sont établies pour la conservation des forêts de l'État ;

4° Et la prohibition de bâtir dans un certain rayon autour des places de guerre et forteresses; celle de bâtir à moins d'une certaine distance des murs d'enceinte de la ville de Paris, et enfin les dispositions réglementaires relatives à la distance à observer pour les constructions qui avoisinent les cimetières (2).

Nous traiterons, dans un 5e §, de la nature et des effets du droit qu'ont les particuliers de se servir des choses publiques ou communales.

§ Ier.

Du marchepied ou chemin de halage.

270. L'art. 7 du titre XXVIII de l'ordonnance des *eaux et forêts*, de 1699, porte que « les « propriétaires des héritages aboutissant aux ri- « vières navigables laisseront le long des bords « 24 pieds au moins de place en largeur, pour « chemin royal et trait de chevaux, sans qu'ils « puissent planter arbres ni tenir clôtures ou « haies plus près que 30 pieds du côté que les « bateaux se tirent, et 10 pieds de l'autre bord, « à peine de 500 liv. d'amende, confiscation des « arbres, et d'être, les contrevenants, condam- « nés à réparer et remettre les chemins en état « à leurs frais. »

(1) Article supprimé dans le Code de Hollande.

(2) *Voyez* le décret du 15 octobre 1810, l'ordonnance du 14 janvier 1815 et l'arrêté belge-hollandais du 31 janvier 1824, relatifs aux précautions à prendre pour l'établissement des manufactures et ateliers qui répandent une odeur insalubre ou incommode, et contenant leurs diverses nomenclatures.

271. Un décret du 8 vendémiaire an XIV ordonne que les contraventions à cet article seront jugées administrativement, conformément à la loi du 29 floréal an X.

Un autre décret du 24 janvier 1808 a ajouté à ces dispositions les suivantes :

Art. 1er. « Les dispositions de l'article 7, « tit. XXVIII de l'ordonnance de 1669, sont « applicables à toutes les rivières navigables du « royaume, soit que la navigation y fût établie à « cette époque, soit que le gouvernement se soit « déterminé depuis, ou se détermine aujourd'hui, « ou à l'avenir, à les rendre navigables.

Art. 2. « En conséquence, les propriétaires « riverains, en quelque temps que la navigation « ait été ou soit établie, sont tenus de laisser le « passage ou chemin de halage.

Art. 3. « Il sera payé aux riverains des fleuves « ou rivières où la navigation n'existait pas et où « elle s'établira, une indemnité proportionnée « au dommage qu'ils éprouveront ; et cette in- « demnité sera évaluée conformément aux dis- « positions de la loi du 16 septembre dernier.

Art. 4. « L'administration pourra, lorsque le « service n'en souffrira pas, restreindre la lar- « geur des chemins de halage, notamment quand « il y aura antérieurement des clôtures en haies « vives, murailles, ou travaux d'art, ou des « maisons à détruire... »

272. Ces règles ne sont point généralement applicables aux rivières simplement flottables à *bûches perdues :* il suffit, comme on l'a dit plus haut (1), de laisser aux ouvriers employés à la conduite du bois et à repêcher les bûches submergées pendant le temps du flot, le passage nécessaire à cet effet.

273. Les chemins de halage sur les bords des canaux artificiels font partie inhérente de la propriété desdits canaux, et reçoivent la destination qui leur est assignée par les actes de création ou de concession de ces établissements.

274. Une ordonnance de 1672 (art. 14, chapitre XVII) a créé, au profit de l'approvisionnement de la ville de Paris, une autre espèce de servitude relative à la formation des ports ou dépôts de bois sur le bord des cours d'eau, moyennant indemnité ou rétribution de la part des marchands de bois en faveur des propriétaires riverains.

275. Quand le halage se fait sur des portions de chemins communaux ou vicinaux, comme on le voit quelquefois, ces portions conservent leur nature ordinaire de voie publique ; lorsqu'il a lieu sur des propriétés privées, alors il y a servitude légale, mais elle n'est due que pour les besoins de la navigation ou du flottage, et le sol et ses productions restent au propriétaire riverain (2), qui est fondé à refuser le passage pour tous services étrangers à la navigation (3). Il s'agit, en effet, seulement ici d'une servitude imposée aux riverains pour un objet déterminé : or il est de la nature des servitudes de ne point s'étendre à d'autres objets que ceux pour lesquels elles ont été établies.

276. La navigation elle-même ne peut y former, sans indemnité d'expropriation, des établissements fixes, tels que pieux, quais, ports, etc. Ce principe a été consacré par plusieurs décrets et ordonnances rendus sur des contestations de ce genre (4).

§ II.

De la servitude légale concernant la construction ou la réparation des chemins ou autres ouvrages publics ou communaux.

277. Plusieurs dispositions législatives règlent ce qui a rapport à cette matière.

Le décret du 16 décembre 1811 a divisé les routes royales en trois classes, conformément au tableau qui y est annexé.

Les routes royales de première et de seconde classe sont entièrement construites, reconstruites et entretenues aux frais du trésor public. (Art. 5 dudit décret.)

Les frais de construction, reconstruction et entretien des routes royales de troisième classe sont supportés concurremment par le trésor public et par les départements qu'elles traversent. (Art. 6.)

(1) No 200, et au tome précédent, no 1109 (293.)
(2) *Voyez* tome précédent, no 1203 (102.)

(3) M. Favard, *Répertoire*, à l'article *Chemin de halage.*
(4) *Voyez ibid.*

Les routes départementales sont toutes les grandes routes, autres que les routes royales. Elles sont construites, reconstruites et entretenues aux frais des départements, arrondissements et communes qui sont reconnus participer plus particulièrement à leur usage. (Art. 7 dudit décret, et loi du 16 septembre 1807, article 29.)

278. La loi du 28 juillet 1824, sur les *chemins communaux*, contient les dispositions suivantes (1) :

Art. 1er. « Les chemins reconnus par un arrêté « du préfet, sur une délibération du conseil municipal, pour être nécessaires à la communication des communes, sont à la charge de « celles sur le territoire desquelles ils sont « établis, sauf le cas prévu à l'article 9 ci-« après.

Art. 2. « Lorsque les revenus des communes « ne suffisent point aux dépenses ordinaires de « ces chemins, il y est pourvu par des prestations « en argent ou en nature au choix des contri-« buables.

Art. 3. « Tout habitant, chef de famille ou « d'établissement à titre de propriétaire, de « régisseur, de fermier ou de colon partiaire, « qui est porté sur l'un des rôles de contribu-« tions directes, peut être tenu, pour chaque « année :

« 1° A une prestation qui ne peut excéder « deux journées de travail, ou leur valeur en « argent, pour lui et pour chacun de ses fils « vivant avec lui, ainsi que pour chacun de ses « domestiques mâles, pourvu que les uns et « les autres soient valides et âgés de vingt ans « accomplis ;

« 2° A fournir deux journées, au plus, de « chaque bête de trait ou de somme, de chaque « cheval de selle ou d'attelage de luxe, et « de chaque charrette en sa possession pour « son service, ou pour le service dont il est « chargé.

Art. 4. « En cas d'insuffisance des moyens « ci-dessus, il pourra être perçu sur tout « contribuable jusqu'à cinq centimes addition-« nels au principal de ses contributions di-« rectes.

Art. 5. « Les prestations et les cinq centimes « mentionnés dans l'article précédent seront « votés par les conseils municipaux, qui fixe-« ront également le taux de la conversion de la « prestation en nature. Les préfets en autorise-« ront l'imposition ; le recouvrement en sera « poursuivi comme pour les contributions di-« rectes, les dégrèvements prononcés sans frais, « les comptes rendus comme pour les autres « dépenses communales.

« Dans le cas prévu par l'article 4, les con-« seils municipaux devront être assistés des plus « imposés, en nombre égal à celui de leurs « membres.

Art. 6. « Si des travaux indispensables exi-« gent qu'il soit ajouté, par des contributions « extraordinaires, au produit des prestations, il « y sera pourvu, conformément aux lois, par « des ordonnances royales.

Art. 7. « Toutes les fois qu'un chemin sera « habituellement dégradé par des exploitations « de mines, de carrières, de forêts, ou de toute « autre entreprise industrielle, il pourra y avoir « lieu à obliger les entrepreneurs ou proprié-« taires à des subventions particulières, les-« quelles seront, sur la demande des communes, « réglées par les conseils de préfecture, d'après « des expertises contradictoires.

Art. 8. « Les propriétés de l'État et de la « couronne contribueront aux dépenses des che-« mins communaux, dans les proportions qui « seront réglées par les préfets en conseil de « préfecture.

« Art. 9. « Lorsqu'un même chemin inté-« resse plusieurs communes, et en cas de dis-« cord entre elles sur la proportion de cet inté-« rêt et des charges à supporter, ou en cas de « refus de subvenir auxdites charges, le préfet « prononce en conseil de préfecture, sur la dé-« libération des conseils municipaux, assistés « des plus imposés, ainsi qu'il est dit à l'ar-« ticle 5.

Art. 10. « Les acquisitions, aliénations et « échanges ayant pour objet les chemins com-« munaux, seront autorisés par arrêtés des pré-« fets en conseil de préfecture, après délibéra-« tion des conseils municipaux intéressés, et

(1) Voir à la fin de cet ouvrage la nouvelle loi belge sur les chemins vicinaux.

« après enquête *de commodo et incommodo,* lors-« que la valeur des terrains à acquérir, à vendre « ou à échanger n'excédera pas 3,000 francs.

« Seront aussi autorisés par les préfets, dans « les mêmes formes, les travaux d'ouverture ou « d'élargissement desdits chemins, et l'extrac-« tion des matériaux nécessaires à leur établis-« sement, qui pourront donner lieu à des expro-« priations pour cause d'utilité publique, en « vertu de la loi du 8 mars 1810, lorsque l'in-« demnité due aux propriétaires pour les ter-« rains ou pour les matériaux n'excédera pas la « même somme de 3,000 francs. »

279. Il faut se rappeler ce que nous avons déjà dit (1), que toutes les fois qu'il s'agit de décider si un chemin est vicinal ou communal, ou bien si c'est une voie privée, la connaissance de la question appartient à l'autorité administrative.

280. Il en est de même quand il s'agit de savoir s'il y a eu ou non anticiption sur un chemin vicinal ou communal (2).

281. L'article 1er de la section 6, intitulée *des Chemins,* de la loi des 28 septembre—6 octobre 1791, sur *la Police rurale,* et qui n'a été ni rapporté ni modifié en cela par aucune disposition postérieure, porte que « les agents de « l'administration ne pourront fouiller dans un « champ pour y chercher des pierres, de la terre « ou du sable, nécessaires à l'entretien des « grandes routes ou autres ouvrages publics, « qu'au préalable ils n'aient averti le proprié-« taire, et qu'il ne soit justement indemnisé à « l'amiable, ou à dire d'experts, conformément « à l'article 1er du présent décret. »

A plus forte raison, les entrepreneurs des travaux eux-mêmes ne doivent-ils point s'arroger un tel droit, comme on l'a cependant vu quelquefois.

282. Les contraventions en matière de grande voirie ont été réglées par la loi du 29 floréal an x, ainsi conçue :

Art. 1er. « Les contraventions en matière de « grande voirie, telles qu'anticipations, dépôts « de fumier ou d'autres objets, et toute espèce « de détériorations commises sur les grandes « routes, sur les arbres qui les bordent, sur les « fossés, ouvrages d'art et matériaux destinés à « leur entretien, sur les canaux, fleuves et ri-« vières navigables, leurs chemins de halage, « francs-bords, fossés et ouvrages d'art, seront « constatées, réprimées et poursuivies par voie « d'administration.

Art. 2. « Les contraventions seront constatées « concurremment par les maires ou adjoints, les « ingénieurs des ponts et chaussées, leurs con-« ducteurs, les agents de la navigation, les « commissaires de police, et par la gendarme-« rie : à cet effet, ceux des fonctionnaires pu-« blics ci-dessus désignés, qui n'ont pas prêté ser-« ment en justice, le prêteront devant le préfet.

Art. 3. « Les procès-verbaux sur les contra-« ventions seront adressés au sous-préfet, qui « ordonnera, par provision, et sauf le recours « au préfet, ce que de droit, pour faire cesser « les dommages.

Art. 4. « Il sera statué définitivement en con-« seil de préfecture; les arrêtés seront exécutés « sans *visa* ni mandement des tribunaux, non-« obstant et sauf tout recours; et les individus « condamnés seront contraints par l'envoi de « garnisaires et saisie de meubles, en vertu des-« dits arrêtés qui seront exécutoires et emporte-« ront hypothèque. »

283. Quant à la plantation des routes, que l'on peut à juste titre regarder comme une servitude légale, rentrant plus ou moins dans celle qui a pour objet leur entretien, elle a été la matière de diverses dispositions.

D'abord, de la loi du 9 ventôse an XIII, qui obligeait, en substance, les propriétaires riverains à planter, en arbres forestiers ou fruitiers, selon les localités, les grandes routes non plantées et les chemins vicinaux, mais qui leur accordait la propriété des arbres, à la charge néanmoins de ne les point couper, abattre ou arracher, sans une autorisation donnée par l'administration préposée à la conservation des routes, et si ce n'était en outre sous la condition du remplacement ;

(1) Tome précédent, no 1002 (191).

(2) Décret du 8 novembre 1808 (Sirey, 1817, II, 21), appliquant la loi du 9 ventôse an XIII.

D'un décret du 16 décembre 1811, contenant un règlement fort détaillé sur la construction, la réparation et l'entretien des routes, et renfermant plusieurs dispositions relatives à leur plantation ;

Enfin, de la loi du 12 mai 1825, qui règle tout à la fois cette matière et le curage des fossés. Ses dispositions sont ainsi conçues :

Art. 1er. « Seront reconnus appartenir aux « particuliers les arbres actuellement existants « sur le sol des routes royales et départementa- « les, et que ces particuliers justifieraient avoir « légitimement acquis à titre onéreux, ou avoir « plantés à leurs frais, en exécution des anciens « règlements.

« Toutefois les arbres ne pourront être abat- « tus que lorsqu'ils donneront des signes de « dépérissement, et sur une permission de l'ad- « ministration.

« La permission de l'administration sera égale- « ment nécessaire pour en opérer l'élagage.

« Les contestations qui pourront s'élever entre « l'administration et les particuliers, relative- « ment à la propriété des arbres plantés sur le « sol des routes, seront portées devant les tri- « bunaux ordinaires.

« Les droits de l'État y seront défendus à la « diligence de l'administration du domaine.

Art. 2. « A dater du 1er janvier 1827, le cu- « rage et l'entretien des fossés qui font partie « de la propriété des routes royales et départe- « mentales seront opérés par les soins de l'ad- « ministration publique, et sur les fonds affectés « au maintien de la viabilité desdites routes. »

§ III.

Dispositions établies pour la conservation des bois et forêts de l'État, et autres bois soumis au régime forestier.

284. Comme nous l'avons dit, d'après le nouveau Code forestier, les bois et forêts sont divisés en deux classes : ceux qui sont soumis au régime forestier, et ceux qui appartiennent à des particuliers (1).

Suivant l'art. 2 de ce Code, « les particuliers « exercent sur leurs bois tous les droits résul- « tant de la propriété, sauf les restrictions qui « seront spécifiées dans la présente loi. »

(1) *Voyez supra*, no 72.

Ces restrictions sont relatives, pour la plupart, à l'obligation imposée aux propriétaires de bois de faire leur déclaration avant de pouvoir couper, afin que la marine ait à marquer, si elle le juge convenable, les arbres nécessaires aux constructions navales ; aux prohibitions, pendant un certain temps, de défricher les bois sans une autorisation préalable, et à l'obligation de se conformer aux règlements relatifs à l'époque où il est permis de couper, au nombre des baliveaux à laisser, à la vidange des bois dans le temps prescrit, etc.

285. Mais c'est principalement quant aux bois soumis au régime forestier qu'il existe en leur faveur certaines prohibitions imposées aux particuliers, prohibitions qui peuvent, jusqu'à un certain point, être considérées comme des servitudes établies par la loi pour la conservation de ces mêmes bois.

L'ordonnance de 1669, sur les *Eaux et forêts*, conçue dans un esprit de conservation qui lui a toujours mérité les éloges des hommes éclairés, voulait que tous riverains quelconques possédant bois joignant les forêts ou buissons de l'État fussent tenus de les séparer par des fossés ayant 4 pieds de large et 5 de profondeur; et elle les obligeait à entretenir ces fossés à peine de réunion. On avait voulu par là éviter les usurpations, plus faciles à commettre envers l'État qu'envers les particuliers.

Le nouveau Code forestier ne consacre point cette servitude : il établit des règles de délimitation qui ont paru propres à prévenir les empiétements de la part des riverains.

Suivant ce Code, lorsque la séparation ou délimitation est effectuée par un simple bornage, elle est faite à frais communs ;

Lorsqu'elle est effectuée par des fossés de clôture, ils sont exécutés aux frais de la partie requérante, et pris en entier sur son terrain.

Dans le cas où le fossé exécuté de cette manière dégraderait les arbres de lisière des forêts, l'administration peut s'opposer à ce mode de clôture.

286. L'espèce de servitude dont il vient d'être parlé était affirmative, et d'une nature particulière, puisqu'elle soumettait les riverains qui en étaient grevés à l'obligation de *faire*, c'est-à-dire

de pratiquer et entretenir le fossé, tandis que *Servitutum natura non est, ut quis aliquid faciat, sed ut patiatur vel non faciat* (1).

Les autres servitudes établies par l'ordonnance, pour la conservation des forêts, étaient toutes négatives. Elles consistaient :

Dans la prohibition d'élever maison sur perches dans un rayon de deux lieues des forêts royales ;

Dans la défense de bâtir aucune maison, ferme ou château dans le rayon d'une demi-lieue desdites forêts ;

Dans celle de construire des fours à chaux à moins de 100 perches (2) de distance de ces forêts.

Dans la prohibition faite aux vanniers, cercliers, tourneurs, sabotiers, et autres de pareille profession, de tenir atelier dans la distance d'une demi-lieue des forêts royales ;

Enfin dans la défense faite à toute personne de planter bois à moins de 100 perches de distance desdites forêts.

287. A la différence de l'ordonnance, qui n'établissait les prohibitions ci-dessus qu'en faveur des forêts royales, le nouveau Code les consacre, mais avec d'importantes restrictions et modifications, au profit de tous les bois soumis au régime forestier, par conséquent au profit de ceux des communes et établissements publics, comme au profit de ceux de l'État et de la couronne.

288. Il porte, en général, qu'aucun four à chaux ou à plâtre, soit temporaire, soit permanent, aucune briqueterie ou tuilerie, ne pourront être établis dans l'intérieur, et à moins d'un kilomètre (3) des forêts, sans l'autorisation du gouvernement, à peine d'une amende de 100 à 500 fr., et de démolition des établissements ;

Qu'il ne pourra être établi, sans l'autorisation du gouvernement, sous quelque prétexte que ce soit, aucune maison sur perches, loges, baraque ou hangar, dans l'enceinte et à moins d'un kilomètre des bois et forêts, sous peine de 50 francs d'amende, et de la démolition dans le mois, à dater du jour du jugement qui l'aura ordonnée ;

Qu'aucune construction de maisons ou fermes, dans le même rayon, ne pourra être effectuée sans l'autorisation du gouvernement, sous peine de démolition ;

Il n'y a point lieu à ordonner la démolition des maisons ou fermes actuellement existantes ;

Que nul individu habitant les maisons ou fermes actuellement existantes dans le rayon ci-dessus fixé, ou dont la construction y aurait été autorisée, ne pourra établir dans lesdites maisons ou fermes aucun atelier à façonner le bois, sans une permission spéciale du gouvernement, sous peine de 50 francs d'amende, et de la confiscation des bois ;

Lorsque les individus qui auront obtenu cette permission auront subi une condamnation pour délit forestier, le gouvernement pourra leur retirer ladite permission ;

Qu'aucune usine à scier le bois ne pourra être établie dans l'enceinte, et à moins de 2 kilomètres de distance des bois et forêts, qu'avec l'autorisation du gouvernement, sous peine d'une amende de 100 à 500 francs, et de la démolition dans le mois, à dater du jugement qui l'aura ordonnée.

Sont cependant exceptées des dispositions précédentes les maisons et usines qui font partie des villes ou villages formant une population agglomérée, bien qu'elles se trouvent dans les distances ci-dessus fixées des bois et des forêts.

Quelques autres dispositions prohibitives sont également établies par le nouveau Code, mais elles constituent moins des servitudes légales, que des mesures de police, parce qu'en général elles n'emportent point prohibition de faire telle ou telle chose dans les fonds environnant les forêts, comme celles dont il vient d'être parlé, lesquelles modifient réellement le droit de propriété dans la main des propriétaires, en restreignant son libre exercice dans l'intérêt des héritages de nature de bois et soumis au régime forestier. Elles s'appliquent, en effet, aux non possesseurs de fonds comme à ceux qui en possèdent.

On voit, par ce qui précède, que la prohibition de planter bois auprès des forêts de l'État, consacrée par l'ordonnance précitée, n'a pas été maintenue par la nouvelle loi.

(1) L. 15, § 1, ff. *de Servitibus.*
(2) La perche était de 22 pieds.
(3) 513 toises anciennes.

§ IV.

De la prohibition de bâtir dans un certain rayon autour des places de guerre ou forteresses, et des murs d'enceinte de la ville de Paris, et de la distance à observer pour les constructions qui avoisinent les cimetières.

289. La nécessité de pourvoir à la défense de l'État a fait établir des servitudes légales sur les terrains qui avoisinent dans un certain rayon les places de guerre et les forteresses.

Cette espèce de servitude consiste également dans la prohibition d'élever des constructions dans l'enceinte délimitée par les lois rendues sur cet important objet.

Celle du 10 juillet 1791 détermine l'état des places de guerre, forteresses et postes militaires, les classe suivant leur degré d'importance, et dispose par l'article 30 du tit. I, que « il ne sera « *à l'avenir* bâti ni reconstruit aucune maison « ni clôture de maçonnerie autour des places de « première et seconde classe, même dans leurs « avenues et faubourgs, plus près qu'à 250 toises « de la crête du parapet des chemins couverts « les plus avancés.

« Pourra néanmoins le ministre de la guerre « déroger à cette disposition, pour permettre la « construction de moulins et autres semblables « usines à une distance moindre que celle pro- « hibée par le présent article, à condition que « lesdites usines ne seront composées que d'un « rez-de-chaussée, et à charge par le proprié- « taire de ne recevoir aucune indemnité pour « démolition en cas de guerre. »

Celle du 17 juillet 1819 veut (art. 2) que le *terrain militaire* appartenant à l'État soit délimité *tel qu'il a été défini par la loi du 10 juillet 1791*. Elle abroge implicitement les articles 54 et 55 du décret réglementaire du 24 juillet 1811, relatif à l'organisation et au service des états-majors des places, qui avaient modifié la définition du terrain militaire, consacrée par la loi du 10 juillet 1791, en enveloppant sous la dénomination générique de *terrain militaire* la zone des fortifications et le système des bâtiments où établissements militaires ; ce qui étendait à ces bâtiments où établissements les dispositions de la loi sur la police des fortifications, tandis que les lois de 1791 et de 1819, ainsi que l'ordonnance du 1er août 1821, dont il va être parlé, ne comprennent, sous la dénomination de *terrain militaire*, que la zone des fortifications.

Enfin l'ordonnance du 1er août 1821, précitée, qui développe avec un soin particulier les règles des servitudes imposées à la propriété pour la défense de l'État, enjoint aussi, par son art. 15, d'exécuter l'art. 2 de la loi de juillet 1819, d'après les limites prescrites par les art. 15-21 de celle de 1791.

290. On peut résumer de la manière suivante la législation sur cette espèce de servitude (1).

Les propriétés privées ont leur point de départ à la limite extérieure du terrain militaire, et la servitude légale règne sur les fonds circonvoisins de ce terrain.

Autour des places de première et seconde classe, la loi trace trois limites hors du terrain militaire : la première, jusqu'où s'étendent 250 mètres (125 toises métriques) ; la seconde, jusqu'à 487 mètres (250 toises anciennes) ; la troisième, à 974 mètres (500 toises anciennes).

Autour des places de troisième classe, la loi ne trace que deux limites, la première et la troisième, qu'elle ne porte qu'à 584 mètres (300 toises anciennes).

Enfin elle ne décrit qu'une seule limite, celle de 250 mètres, sur l'esplanade des citadelles.

Les *ouvrages détachés* sont délimités d'après leur assimilation à la place ou à un simple poste.

Telles sont les limites légales. La loi laisse au roi la faculté de les restreindre, et de déterminer des limites d'exception sur l'esplanade des citadelles, et autour des places ou postes lorsque les accidents du terrain le permettent.

Pour la détermination de chacune des limites légales, les distances doivent être mesurées sur les capitales de l'enceinte et du dehors. Les points extrêmes doivent former, deux à deux, les deux côtés d'un polygone, dont aucun point ne soit moins éloigné que le sommet des angles.

Cela posé, nous allons voir en quoi consiste la servitude dont il s'agit.

Il convient d'abord de faire observer que *les propriétés limitrophes du terrain militaire*, soit à l'intérieur, soit à l'extérieur, sont régies par les règles du droit commun sur le *voisinage* et la *mitoyenneté*.

(1) *Voyez* au *Répertoire* de M. Favard de Langlade l'excellent article *Place de guerre*, auquel nous empruntons la plupart de nos observations sur ce sujet.

Dans l'*intérieur* de la place, lorsque la rue du rempart sert à la circulation publique, l'usage en est réglé conformément au décret du 24 décembre 1811 (art. 75) et à la loi du 16 septembre 1807 (art. 52).

A l'*extérieur*, les propriétés limitrophes du terrain militaire sont grevées des mêmes servitudes défensives que les autres propriétés situées entre la limite extérieure de ce terrain et la limite de 250 mètres.

Dans les trois zones extérieures du terrain militaire, la servitude est plus ou moins grave pour les propriétaires.

Ainsi, dans la première zone, comprise entre la limite extérieure du terrain militaire et la limite de 250 mètres, on ne peut élever que de *simples clôtures en haies sèches ou en planches à claire voie*. Toutes autres clôtures et constructions sont interdites ; rien ne doit arrêter sur ce terrain les feux de la place et les sorties de la garnison. C'est la servitude la plus grave de cette espèce.

Dans la seconde zone, comprise entre les limites de 250 et de 487 mètres, on ne peut élever que des constructions et clôtures *en bois et en terre, nues ou crépies seulement en chaux ou en plâtre*. Toute autre espèce de construction est interdite : c'est la seconde servitude de cette sorte. Elle n'a lieu qu'autour des places de première et de seconde classe : ce sont les seules, en effet, autour desquelles la limite de 487 mètres doive être tracée.

La troisième zone, que forment autour de ces mêmes places les limites de 487 et de 974 mètres, correspond à la deuxième zone, que déterminent, autour des places de troisième classe, les limites de 250 et de 974 mètres, et autour des postes militaires, les limites de 250 et de 584 mètres. Dans ces dernières zones, on peut élever toute espèce de constructions et de clôtures ; mais il ne peut y être fait de *chemin*, *chaussée* ni *levée*, ou creusé de *fossés*, sans que leur alignement et leur position aient été concertés avec l'autorité militaire et soumis à la décision du roi. Les dépôts de décombres et autres matières, à l'exception des engrais, qui même ne doivent pas être entassés, ne peuvent être faits que sur les emplacements désignés par l'autorité militaire. Les opérations de la topographie ne peuvent avoir lieu qu'avec son consentement, qui est de droit pour les opérations d'arpentage. Telle est la troisième espèce de servitude établie sur les fonds des particuliers, dans l'intérêt de la défense de l'État : c'est la seule dont la dernière zone soit grevée ; elle grève aussi à plus forte raison les zones plus rapprochées de la place.

Dans les zones soumises aux deux premières servitudes, les anciennes constructions peuvent être entretenues *dans leur état actuel*, mais à la charge, pour les propriétaires, d'en faire la déclaration au chef du génie, et d'obtenir de lui un certificat qu'elles sont dans la classe des travaux que la loi autorise.

Dans les cas de démolition prévus par la loi, la reconstruction est soumise aux règles ci-dessus.

La loi laisse au roi la faculté d'adoucir ces servitudes par des décisions communes à toutes les propriétés situées dans les *limites d'exception*.

Elles peuvent être modérées dans les *limites légales*, en faveur d'une propriété déterminée, lorsqu'il s'agit, par exemple, de moulins, ou autres semblables usines.

Ces exceptions doivent être constatées par des permissions spéciales du ministre de la guerre. Les permissions n'ont d'effet qu'après que l'impétrant a souscrit la soumission de remplir les conditions imposées dans l'intérêt de la défense. Telle est, dans tous les cas, celle de démolir les constructions, et d'enlever les matériaux, *sans indemnité*, à la première réquisition de l'autorité militaire, si la place, déclarée en état de guerre, est menacée d'hostilités.

Indépendamment de toute soumission, la démolition n'entraîne aucune indemnité dans le cas de guerre ou de force majeure, quand la construction est postérieure à la fixation du rayon militaire de la zone où elle se trouve, si les lois ou ordonnances défendaient d'y bâtir. Mais la démolition donne au possesseur légitime droit à indemnité, même dans l'état de guerre, lorsqu'elle a lieu par *mesure de défense*, pourvu qu'elle ait été ordonnée dans les formes légales, et qu'elle soit antérieure à l'état de siége (1).

Dans tous les cas où l'indemnité est réclamée, le droit, s'il est contesté, est jugé par le roi, d'après les distinctions et règles ci-dessus ; mais

(1) Loi du 10 juillet 1791, tit. I, art. 37 et 38. Décret du 24 décembre 1811, art. 95.

lorsque le droit est reconnu, si l'indemnité n'est pas fixée à l'amiable, elle l'est par les tribunaux dans les formes prescrites par l'ordonnance du 1er août 1821, et suivant les lois du 10 juillet 1791, du 8 mars 1810, et 17 juillet 1819.

291. Dans la vue de prévenir la contrebande, il est interdit aux propriétaires de terrains situés hors de l'enceinte de la ville de Paris, de bâtir à moins de 50 toises des murs qui l'entourent; et même les propriétaires des maisons existantes dans ce rayon ne peuvent en augmenter la hauteur ou l'étendue sans en avoir obtenu le permission de l'autorité compétente (2).

292. Enfin, d'après l'art. 2 du règlement du 23 prairial an XII, les terrains spécialement consacrés aux inhumations doivent être à la distance de 35 à 40 mètres au moins de l'enceinte des villes et bourgs.

Et, suivant le décret du 7 mars 1808, lorsque les cimetières ont été transférés hors des communes, en vertu des lois et règlements, nul ne peut, sans autorisation de l'administration, élever aucune habitation ni creuser aucun puits, à moins de 100 mètres de distance.

Les bâtiments existants ne peuvent également être restaurés ni augmentés sans cette autorisation.

Et les puits peuvent être comblés en vertu d'ordonnance du préfet, après visite contradictoire d'experts.

§ V.

Quelle est la nature, et quels sont les effets du droit qu'ont les particuliers d'user des choses publiques ou communales, pour l'utilité de leurs propriétés.

293. On vient de parler des assujettissements des propriétés privées en faveur de l'utilité publique ou communale; leurs effets généraux ont été suffisamment expliqués. Mais, par une sorte de compensation, les particuliers ont le droit, sous certaines conditions et restrictions déterminées par la loi, de faire servir ceux des biens publics et communaux dont l'usage est commun à tous les citoyens, à l'utilité de leurs propriétés.

La plupart de ces conditions et restrictions ont déjà été expliquées dans l'exposé des deux premiers titres de ce livre du Code, au tome précédent, et à la présente section; d'autres le seront encore par la suite; enfin, un grand nombre sont réglées par des lois particulières ou par des mesures d'administration générale ou de police locale, dont l'analyse ne saurait convenablement trouver place dans cet ouvrage.

294. Les biens du domaine public ou communal qui peuvent procurer aux particuliers une utilité directe relativement à leurs propriétés, sont, en général, les routes, les chemins, les rues, les quais, les places publiques, les marchés et autres immeubles de ce genre.

Non-seulement les propriétaires de terrains adjacents à ces immeubles peuvent bâtir joignant la ligne séparative, en se conformant toutefois aux règlements sur la voirie; mais ils ont, de plus, le droit d'avoir des jours d'aspect et des portes de toute forme donnant immédiatement sur les chemins, quais, places et marchés. On ne concevrait même pas la possibilité de construire une ville sans cette faculté; au lieu qu'on ne peut, comme on le verra plus bas, passer sur le terrain d'un particulier, y avoir des jours d'aspect à moins de six pieds de distance, sans une concession de servitude.

Il est encore plusieurs actes que l'on a la faculté de faire sur les immeubles publics ou communaux, et qu'on ne peut faire sur le fonds d'un particulier sans une pareille concession, notamment en ce qui concerne l'égout des toits, que l'on peut faire écouler sur la voie publique, et non chez son voisin, si celui-ci n'y consent pas.

295. Ces diverses facultés ne constituent toutefois pas de véritables servitudes sur le domaine public ou communal : celui qui en use en use *jure civitatis*, et non comme d'un droit propre et privé (2). Ce domaine n'en est pas moins libre, par cela même qu'il est à l'usage de tous. Les actions qui naissent des droits de servitude n'ont jamais lieu contre l'État ou une commune en pareil cas.

Sans doute, si la destination de tel ou tel immeuble qui dépend aujourd'hui du domaine public ou communal venait à changer; si cet

(1) *Voyez* le décret du 11 janvier 1808, et l'ordonnance du 1er mai 1822.

(2) L. 2, ff. *Ne quid in loco publico vel itinere fiat.*

immeuble rentrait ainsi dans la classe des choses susceptibles d'être acquises contre l'État ou la commune, par titre ou par prescription : par exemple, si un chemin cessait d'être tel, les particuliers, qui pourraient en acquérir la propriété, pourraient par la même raison y acquérir des droits de servitude véritable, comme sur les biens d'un autre particulier. Dans ce cas, toute distinction, sous ce rapport, entre le domaine de l'État lui-même et celui d'un simple citoyen, s'évanouirait, parce que, relativement aux biens sortis de la classe des choses soumises à l'usage direct et immédiat de tous, l'État est assimilé à un simple particulier (1). (Art. 541-2227.)

Mais nous raisonnons à l'égard des biens publics ou communaux qui ont conservé leur destination et leur caractère : en principe pur, il est certain que, lors même qu'un citoyen aurait passé de temps immémorial sur un chemin public ou communal, ou dans une rue pour aller à son fonds, ou que sa maison y aurait toujours eu sa porte, ses jours d'aspect, l'égout de son toit, ce long usage n'aurait point transformé cette simple jouissance, commune à tous, en une véritable servitude à son profit sur ce chemin ou cette rue; car la prescription ne saurait s'acquérir et produire des effets quand aucun titre ne peut être supposé, parce que l'on n'a joui que d'une chose hors du commerce : « Le temps seul, dit Dunod (2), n'est pas un moyen d'acquérir; et il « est inutile pour ce qui n'est pas susceptible du « commerce ou du domaine des particuliers : « *Quod nullam præexistentiam contractus, aut* « *commercii supponit.* »

296. M. Pardessus professe bien les mêmes principes (3); mais nous ne sommes pas tout à fait d'accord avec lui sur les conséquences qu'il en tire. Ces conséquences nous paraissent, en certains cas, d'une rigueur que l'équité, le bien public, et quelquefois le droit lui-même doivent faire rejeter. C'est ce que nous allons tâcher de démontrer, après avoir exposé la doctrine de cet auteur sur ce point délicat et important.

« Une route, une rue sur lesquelles des mai« sons avaient des ouvertures ou des vues, des « égouts de toits ou d'eaux ménagères, etc., « peuvent être supprimées; et l'emplacement « peut en être mis en vente, ou concédé par « échange à des particuliers. Sans doute l'auto« rité administrative suprême, qui seule a le « droit de prononcer en dernier ressort sur ce « changement, qui ne doit le faire et ne le fait « qu'après avoir consulté les autorités locales, « après avoir admis tous les intéressés à pré« senter leurs réclamations, prendra des mesures « pour que la nouvelle destination à donner au « terrain de la route, de la rue ou de la place, « ne rende pas inutiles des constructions faites « de bonne foi, dans l'opinion que ces empla« cements subsisteraient et ne changeraient pas « de nature; elle ne prendra ou ne maintiendra « pas une décision qui léserait des intérêts si « dignes de considération (4). Mais si cette au« torité, nonobstant les réclamations ou les op« positions, ordonnait et effectuait la vente, la « dation en payement, l'échange de ces emplace« ments de routes, de rues ou de places suppri« mées, sans imposer à l'acquéreur aucune « charge en faveur des riverains, ceux-ci ne « pourraient prétendre que l'emplacement vendu, « ayant été grevé de servitude à leur profit, con« tinuera de leur en devoir, et que l'acquéreur « du terrain, encore qu'il n'ait été chargé par « l'acte d'aliénation d'aucune servitude envers « eux, doit néanmoins supporter les vues, les « passages, conformément aux principes expli« qués n° 9. Nous nous croyons autorisé à tirer « cette conséquence, par le motif que tant que « ces routes, rues ou places étaient dans leur « état de destination publique, l'usage qu'on en « faisait n'était pas une servitude (5).

« Mais comme l'État et les communes sont « soumis à la règle d'équité qui ne permet pas « de changer de résolution au préjudice d'au« trui; comme ils ne sont pas plus affranchis « que les particuliers de l'obligation d'indem« niser celui à qui ils ont causé un tort, il pour« rait y avoir lieu de prononcer des dommages« intérêts contre eux.

(1) *Voyez* tome précédent, n° 991 (189).

(2) *Traité des Prescriptions*, part. 1, chap. XII; p. 79 et 80

(3) N° 41 de son *Traité des Servitudes*, Édition Hauman.

(4) Arrêt de la chambre des comptes de 1705, cité par M. Cochin, t. II, édit. de 1824, p. 551.

(5) Nous ne devons pas dissimuler néanmoins qu'un arrêt de rejet du 11 février 1828, parait contraire à cette opinion

« C'est alors que l'origine et la nature des « usages exercés sur des immeubles faisant partie « du domaine public ou municipal, doivent être « soigneusement considérés. Il n'est point contre « la nature des choses que le gouvernement, ou « l'autorité municipale dûment autorisée, con- « cèdent sur des immeubles, même consacrés « au service public, certains usages privés (1) qui « n'empêchent pas toujours qu'ils ne continuent « de remplir leur destination, sauf le droit des « tiers de s'y opposer en justifiant de leur intérêt « dont l'autorité administrative aurait l'appré- « ciation (2); c'est ce que l'art. 45 du titre XXVII « de l'ordonnance de 1669 avait déclaré au sujet « des moulins ou autres ouvrages faits dans les « fleuves, et ce qu'a reconnu l'art. 5 de l'arrêté « du Directoire du 19 ventôse an VI. Seulement « ces concessions, quelque expresses qu'elles « fussent, ne nous sembleraient pas devoir être « régies exclusivement par les principes du droit « commun relatifs aux servitudes (3). Elles n'au- « raient pas pour effet d'empêcher les nouvelles « dispositions par suite desquelles la jouissance « concédée serait modifiée ou même anéantie; « seulement elles seraient des titres légitimes à « une indemnité, si, sur la foi de ces conces- « sions, ceux qui les ont obtenues avaient fait « des constructions, des établissements, des dis- « positions, ou acquis des propriétés au profit « desquelles ces concessions étaient faites; à « moins que des règles législatives, dont le dé- « cret du 12 février 1813 présente un exemple, « et qu'il est maintenant d'un usage général d'in- « sérer dans les actes, n'eussent appris à tous « les intéressés que la concession sera toujours « révocable.

« Il ne serait même pas nécessaire, dans « certains cas, que des concessions expresses « et dûment autorisées eussent eu lieu, pour « qu'une indemnité fût due en cas de change- « ment apporté à l'état de choses sur la foi duquel « des propriétés ont été construites, disposées « ou acquises; la concession peut, dans un « grand nombre de circonstances, être réputée « consentie par le seul fait de la destination pu- « blique du terrain sur lequel l'usage en est « exercé. Lorsqu'un propriétaire a construit une « maison le long d'un terrain qui, par les décla- « rations de l'administration ou l'usage de tous « les habitants, était considéré comme une route, « une rue, un chemin, une place; lorsqu'il y a « ouvert des portes, des croisées, il y a été « excité par la considération que ces emplace- « ments étaient destinés à lui procurer les di- « verses facilités indispensables à une habitation. « Il ne l'aurait pas construite sans cela; il a donc « en sa faveur la plus puissante des autorités, « la foi publique; et si aucun de ces usages n'a « été contraire aux règlements de la voirie ou de « la police, si même il lui était en quelque sorte « imposé par la loi, comme nous voyons que « l'art. 681 du Code oblige les particuliers à « diriger l'égout de leurs toits sur leur propriété « ou sur la voie publique, la nouvelle disposition « qui l'en prive en tout ou en partie lui donne « le droit d'obtenir des dommages-intérêts. Seu- « lement il ne peut obtenir que les tribunaux in- « terdisent à l'administration le droit d'exécuter « les changements qu'elle a jugés nécessaires, « comme celui à qui une servitude est due sur le « fonds de son voisin a droit de faire interdire à « celui-ci tout ce qui peut en diminuer les agré- « ments ou les avantages. Mais dès qu'il éprouve « un dommage, sans qu'on puisse l'accuser de « faute ou d'imprudence, il a droit d'obtenir des « indemnités contre l'État ou la commune (4).

« Le résultat sera, à peu de chose près, le « même en faveur de celui qui éprouve ainsi un « tort auquel il ne devait pas s'attendre, dès « qu'il n'avait rien fait qui ne fût permis. Il sera « indemnisé, ainsi le veut l'équité : mais ce ne « sera pas parce qu'il avait une servitude; car, « s'il en était ainsi, il pourrait refuser l'indem- « nité et exiger qu'aucun changement ne soit « apporté à l'état des lieux; il aurait tous les « droits auxquels donne lieu une servitude, et « c'est ce que ne permet pas d'admettre la na- « ture des choses qui composent le domaine « public ou municipal. »

297. Ce cas peut se présenter souvent, par suite d'un changement ou redressement de che-

(1) Rejet, 16 juin 1833.

(2) Lettres patentes de Charles VI du 9 octobre 1392, relatives aux fontaines de Paris, *Ordonnances du Louvre*, tome VII, page 510. — Cæpolla, tr. 1, cap. 60, no 4.

(3) Dig., lib. VIII, tit. IV, *Communia præd.*, L. 2.

(4) Rejet, 19 janvier 1826.

min ou de rue ; et, à notre connaissance, il s'est réalisé avec des circonstances particulières qui ne permettaient pas, selon nous, d'appliquer la doctrine de M. Pardessus.

L'administration de la ville de Paris ayant jugé utile de pratiquer une rue non loin d'une autre, pour la remplacer, s'était fait céder par le propriétaire d'une maison donnant sur cette dernière rue, et en même temps sur un terrain parallèle à ladite rue, l'emplacement nécessaire à l'établissement de la nouvelle ; et elle avait cédé, à son tour, à ce propriétaire, comme partie de l'indemnité, le terrain de l'ancienne rue, que celui-ci a voulu clore aux deux extrémités, afin d'en faire une cour pour sa maison. De cette manière, les autres maisons se seraient trouvées privées d'issue et de la circulation du public (1). A la vérité, leurs propriétaires pouvaient toujours, en vertu de l'article 682, se faire céder le passage qui était nécessaire au service et à l'exploitation desdites maisons; mais aucune loi ne donnant à un voisin le droit d'avoir, malgré l'autre, et même moyennant une indemnité, des fenêtres d'aspect à moins de six pieds de la ligne séparative, ces propriétaires auraient été de la sorte obligés de boucher les leurs, sauf à eux à établir des jours à fer maillé et à verre dormant, conformément aux articles 676 (2) et 677 (3); ce qui aurait rendu leurs maisons tout à fait impropres à l'habitation.

De telles conséquences n'ont jamais pu être dans la pensée du législateur, et il suffirait peut-être de les signaler pour faire rejeter le système d'où elles découleraient; mais, à raison de l'extrême importance de la question, il est utile d'entrer dans quelques développements, pour démontrer où doit s'arrêter l'application des principes précédemment posés.

Que l'on suppose que ce soit l'État ou la commune qui ait vendu ou cédé les terrains sur lesquels sont situés les bâtiments qui forment, par leur disposition, la place ou la rue dont on veut aujourd'hui changer la destination ; dans ce cas, de deux choses l'une : ou le sol lui-même de la place ou de la rue a été compris dans les aliénations, ou il a seulement été désigné comme devant servir aux portions aliénées, aux portions réservées et à l'usage du public, comme place, rue ou chemin.

Dans la première hypothèse, l'administration ne peut changer la destination de ce sol, dont les acquéreurs ont fait une rue ou une place pour le service et l'exploitation de leurs constructions. Ce sol est à eux, puisqu'il leur a été vendu ou cédé. Ils en ont la propriété en commun, comme dans les cas dont nous avons parlé plus haut, n° 149. L'administration pourrait sans doute l'acquérir à son tour, pour cause d'utilité publique, moyennant indemnité, si, par exemple, les propriétaires en faisaient une *impasse*, quand il serait utile que la circulation y fût parfaitement libre ; mais cette acquisition ne l'autoriserait pas à faire des changements qui auraient pour effet de priver les propriétaires des constructions, faites sous la foi des contrats et de la loi, des moyens d'exploitation qu'ils ont eus jusqu'à ce jour. Il faudrait du moins pour cela qu'on les indemnisât de tout le préjudice qu'ils pourraient éprouver par suite de ces changements, et que lesdits changements fussent dans l'intérêt direct, évident et considérable de l'État ou de la commune. Quant à la cession qui serait faite de ce sol à un tiers, par l'État ou la commune qui se l'est fait abandonner pour cause d'utilité publique après l'avoir précédemment vendu ou cédé, elle n'autoriserait pas ce tiers à en changer la nature et l'usage au préjudice des propriétaires des constructions ; car il ne le ferait que dans un intérêt privé : et si l'État ou la commune ne pouvait faire de nouvelles dispositions sur ce sol que dans un intérêt général, lui, qui ne peut avoir plus de droit qu'eux, n'a pas, par conséquent, celui d'en faire dans son intérêt particulier. Comme il est leur cessionnaire, on peut faire valoir contre lui tout ce qu'on pourrait faire valoir contre eux, quand bien même son titre de cession ne renfermerait aucune clause touchant le maintien des lieux dans leur état actuel. A plus forte raison, s'il en existait une à ce sujet.

Dans la seconde hypothèse, le sol du chemin, de la rue ou de la place n'est point, il est vrai, la propriété des riverains, mais ils ont acquis en

(1) Un procès, né au sujet de ce changement de rue, a eu lieu au tribunal de la Seine; et la prétention de l'acquéreur de l'ancienne rue a été rejetée dans tout ce qu'elle avait d'exorbitant.

(2) Code de Hollande, art. 692.

(3) Ibid., art. 693.

considération de l'usage qu'ils en auraient pour le service et l'exploitation des terrains qui leur étaient cédés, et des constructions qu'ils se proposaient d'y faire : ils ont payé le prix de ces terrains en conséquence, et l'administration manquerait à la bonne foi qui doit présider aux contrats passés entre elle et les particuliers comme à ceux intervenus entre les citoyens, si elle faisait de nouvelles dispositions qui rendraient les constructions faites sous la foi de ces mêmes contrats, inutiles ou moins avantageuses, et encore mieux si, en cédant le chemin ou la rue à un tiers, elle ne lui interdisait pas ces changements. A ce cas s'appliquerait aussi ce qui vient d'être dit sur le précédent.

Quand ce n'est pas l'État ou la commune qui a vendu ou cédé les terrains riverains de la place ou de la rue sur lesquels sont situés les bâtiments, que c'est, au contraire, la commune ou l'État qui ont acquis l'emplacement de la rue ou de la place, ou que cette place ou cette rue est tombée, par la succession des temps, dans le domaine public ou communal, il n'y a point, il est vrai, à opposer à l'État ou à la commune des engagements formels, de leur part, de maintenir les choses telles qu'elles se trouvent actuellement. Les riverains ne peuvent invoquer que leur jouissance *jure civitatis;* et, comme nous l'avons dit, cette jouissance ne constitue point une véritable servitude sur la place ou la rue ; conséquemment elle n'empêche point l'administration, dans les termes rigoureux du droit, de faire de nouvelles dispositions qui la diminueraient, ou même la changeraient totalement, sauf aux parties intéressées à recourir à l'autorité supérieure, au roi même s'il le fallait, pour faire réformer une décision qui blesserait si fortement leurs intérêts.

298. Mais, et c'est en ce point principalement que nous différons de sentiment avec M. Pardessus, nous pensons que l'abandon que ferait l'administration à un particulier, du terrain d'un chemin, d'une rue ou d'une place, comme ne devant plus faire partie du domaine public ou communal, est *toujours* censé fait sous la réserve que ce tiers n'en changera pas la destination, de manière à rendre les constructions voisines inutiles ou bien moins avantageuses, et qu'il n'aura pas pour cela le droit de faire composer les propriétaires pour pouvoir conserver leur libre passage, ainsi que les fenêtres de leurs édifices. Ces propriétaires ont bâti sous la foi d'un ordre de choses dont rien n'indiquait le changement futur; ils ont payé les impôts établis sur les constructions ; l'État leur doit donc toute espèce de protection qui ne serait pas absolument incompatible avec des améliorations conçues dans un intérêt général.

SECTION II.

DES SERVITUDES LÉGALES AYANT POUR OBJET L'UTILITÉ DES PROPRIÉTAIRES.

SOMMAIRE.

299. *Les obligations entre propriétaires voisins, appelées* servitudes légales, *ne sont, en général, que des obligations de communauté.*
300. *Objets généraux des servitudes légales établies dans l'intérêt des particuliers, et division de la section.*

299. La loi assujettit les propriétaires à différentes obligations les uns à l'égard des autres, indépendamment de toute convention (art. 651-1370) ; et ces obligations sont appelées, par le Code, *servitudes légales.*

Il faut toutefois reconnaître, en principe, que plusieurs des dispositions placées sous la rubrique *des servitudes établies par la loi*, et même la plupart, sont moins des règles relatives aux servitudes, que des lois relatives à la communauté de propriété, à la manière de constater la propriété elle-même, et d'en déterminer le mode de jouissance.

Ainsi, tout ce qui a rapport au mur, à la haie ou au fossé mitoyens, est évidemment régi par les principes de la communauté, plutôt que par les principes sur les servitudes; et il en est de même de ce qui concerne les cas où les divers étages d'une maison appartiennent à plusieurs. Il est vrai que, dans ces divers cas, la communauté n'est pas parfaite, n'est pas absolue ; mais cela ne fait pas qu'il n'y ait pas communauté d'intérêt à la conservation de la chose, bien que cette communauté n'existe pas, avec tous ses caractères, dans la chose elle-même : dès lors, les obligations qui existent entre les intéressés, l'un à

l'égard de l'autre, ont plutôt leur source dans les principes de la société que dans ceux qui régissent la matière des servitudes.

De plus, tout ce qui sert à déterminer la propriété exclusive du mur, du fossé ou de la haie, objet pour lequel plusieurs dispositions ont été portées dans le Code, et placées sous la même rubrique, tient encore moins, s'il est possible, à la matière des servitudes. Ces dispositions sont simplement relatives à la propriété. Ce n'est, sous aucun rapport, une modification du droit de propriété lui-même, mais seulement le moyen de l'établir, et la règle de son étendue, si ce n'est cependant en ce qui concerne l'obligation où est le propriétaire d'un mur joignant immédiatement le terrain d'autrui, d'en céder la mitoyenneté au voisin qui le demande; cas dans lequel il y a effectivement une charge imposée au droit de propriété, comme dans celui prévu à l'art. 682.

On pourrait étendre ces observations; mais néanmoins on justifie facilement le parti qu'ont pris les rédacteurs du Code, de réunir, sous le titre *des Servitudes*, tout ce qui est relatif à ces objets, au lieu d'en disséminer les règles dans divers titres, où ces matières n'auraient été traitées que sous tel ou tel point de vue seulement, et par conséquent d'une manière incomplète; on a évité par là des répétitions. Dans certains cas, d'ailleurs, elles donnent naissance à des obligations de voisinage entre les propriétaires, et qui ont plus ou moins de rapport avec les servitudes proprement dites.

300. D'après le Code, les servitudes établies par la loi dans l'intérêt des particuliers se rapportent :

1° Aux murs, mitoyens ou non, et à tout ce qui y est relatif;

2° Au cas où les divers étages d'une maison appartiennent à plusieurs divisément;

3° Aux fossés, mitoyens ou non;

4° Aux haies, mitoyennes ou non;

5° A la distance à observer dans la plantation des arbres et des haies;

6° A la distance à observer et aux ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions;

7° Aux vues sur la propriété du voisin, sans servitude établie par l'homme;

8° A l'égout des toits;

9° Au droit d'exiger un passage sur le fonds d'autrui, dans un certain cas.

Ce sera l'objet d'autant de paragraphes; mais comme les matières comprises dans cette section diffèrent plus ou moins entre elles, et que cependant la division que nous avons adoptée voulait qu'elles fussent toutes comprises dans une même section (1), nous placerons les *sommaires* en tête de chaque paragraphe, afin qu'on y trouve de suite toutes les questions relatives à la matière qu'il renferme, sans être obligé de recourir au commencement de la section.

§ Ier.

Des murs, mitoyens ou non, et de tout ce qui y est relatif.

SOMMAIRE.

301. *Cas dans lesquels un mur est présumé mitoyen : texte de l'article 653.*
302. *Lois de Solon, reproduites dans la loi 13,* ff. Finium regundorum.
303. *La présomption de mitoyenneté d'un mur a-t-elle lieu, sous le Code, dans les villes et faubourgs, lorsqu'il n'y a bâtiment que d'un seul côté?*
304. *Pour qu'elle existe, il n'est pas nécessaire que les deux fonds, autres que des bâtiments, soient homogènes.*
305. Quid *d'un mur dans les champs séparant deux fonds qui ne seraient ni l'un ni l'autre, ni cour, ni jardin, ni enclos?*
306. *Entre bâtiments, la présomption de mitoyenneté du mur n'a lieu que jusqu'à l'héberge.*
307. *Conséquence quand le toit du bâtiment inférieur ne s'étend point parallèlement au mur.*
308. *La présomption de mitoyenneté cesse quand il y a titre de propriété exclusive : exemples de cas où il y a titre.*
309. *Marques de non-mitoyenneté.*
310. *Dans beaucoup de pays, on reconnaissait d'autres marques de non-mitoyenneté que celles reconnues par le Code : celles qui existaient déjà lors de sa publication ont encore leur effet.*

(1) En effet, le chap. II, qui traite des *servitudes légales*, se divise principalement en deux sections : l'une comprenant toutes les servitudes qui ont pour objet l'intérêt public ou communal; l'autre, celles qui ont pour objet l'utilité des particuliers.

301. Lorsque les propriétaires des deux fonds contigus ont contribué à la clôture qui fait la séparation de leurs héritages, et que la preuve en est administrée par des titres ou par les autres moyens approuvés par la loi, il est clair que la mitoyenneté de la clôture peut être invoquée par chacun d'eux : alors il n'y a plus, pour régler les effets de cette communauté, en ce qui concerne les avantages et les charges qui y sont attachés, qu'à appliquer les dispositions qui la régissent, et que nous allons développer successivement.

Mais la clôture peut exister sans que ni l'un ni l'autre des propriétaires voisins puisse établir qu'elle a été élevée à ses dépens, ou du moins qu'elle l'a été à frais communs ; et c'est ce qui a porté le législateur à créer une présomption, fondée, comme toutes les présomptions de la loi, sur les probabilités et les vraisemblances les plus naturelles, afin de prévenir, autant que possible, les difficultés déjà si fréquentes entre voisins, ou du moins pour les décider suivant le parti le plus raisonnable, puisque, quand il y a incertitude sur celle de deux prétentions opposées qui mérite la préférence, la balance doit rester immobile.

En conséquence, l'art. 653 (1) dispose que, « dans les villes et les campagnes, tout mur servant de séparation entre bâtiments jusqu'à « l'héberge, ou entre cours et jardins, et même

(1) Code de Hollande, art 681.

« entre enclos dans les champs, est présumé mitoyen, s'il n'y a titre ou marque du contraire. »

Dans ces cas il y a donc présomption que chacun des propriétaires a entendu que le mur fût construit sur le confin de son terrain, afin de l'enclore en entier, surtout aujourd'hui que nous ne connaissons plus la servitude appelée *tour d'échelle*, dont nous parlerons plus loin ; et que, puisque ce mur devait lui être utile, il a contribué aux frais de sa construction, et fourni la moitié du sol nécessaire à son établissement.

302. Suivant la loi de Solon, qu'on trouve reproduite dans la loi 13, ff. *Finium regundorum*, le mur de clôture devait être éloigné d'un pied de la ligne séparative des deux fonds, et une maison devait en être distante au moins de deux pieds. Le *tour d'échelle* existait par cela même, non pas comme servitude, mais comme propriété de cet espace, qui était un accessoire du bâtiment ou du mur de clôture.

A Rome, l'on a presque toujours aussi été dans l'usage d'isoler les maisons par de petites ruelles qu'on appelait *ambitus* (1), probablement pour prévenir les effets des incendies, et peut-être aussi pour d'autres motifs : de là le nom d'îles, *insulæ*, donné si souvent aux maisons par les jurisconsultes romains.

Bien mieux, une constitution de l'empereur Zénon, rappelée dans la loi 12, § 2, au Code, tit. *de Ædificiis privatis*, était même allée jusqu'à prescrire de laisser un intervalle de *douze* pieds entre la maison que l'on voulait bâtir, et celle du voisin, sans qu'il fût permis ni à l'un ni à l'autre de rien établir, de rien édifier sur cet espace.

303. Comme on vient de le voir, l'art. 653 consacre la présomption de mitoyenneté du mur dans deux cas bien distincts :

1° Quand ce mur sert de séparation à des bâtiments situés à la ville ou dans la campagne, n'importe ;

2° Quand il sépare des cours, jardins ou enclos, même dans les champs.

Dans le premier cas, comme ce n'est qu'entre *bâtiments* qu'existe la présomption de mitoyenneté, il s'ensuit que si l'un des fonds est un bâtiment, et non l'autre, qui n'offre aucun vestige de bâtiment, tel qu'une cheminée, ou autre reste d'un édifice, le mur n'est point présumé mitoyen : il est censé appartenir exclusivement au maître du bâtiment dont il fait partie, parce qu'on doit naturellement croire que lui seul a fait les frais de sa construction, puisqu'il lui était nécessaire, et que le voisin n'ayant pas d'intérêt, ou du moins n'ayant pas le même intérêt à ce qu'il fût construit, n'a point par conséquent contribué aux frais de son établissement.

Pothier (2) le décidait ainsi, mais toutefois avec une importante distinction ; sa décision mérite d'être rapportée, parce qu'elle a été adoptée par les auteurs qui ont écrit sur le Code, et que nous croyons devoir la combattre dans les principes actuels.

« Dans les campagnes, disait-il, le mur appartient au maître du bâtiment dans tous les cas.

« Mais dans les villes où il y a une loi qui permet à chacun d'obliger son voisin à faire, à frais communs, un mur pour se clore, comme à Paris (art. 209 de la coutume) et à Orléans (art. 236), tous murs, même ceux qui n'ont de bâtiment que d'un côté, sont censés communs depuis la fondation jusqu'à la hauteur que la loi du lieu prescrit pour les murs de clôture : ils ne sont présumés appartenir à celui des voisins qui est propriétaire du bâtiment, que pour le surplus. La raison de cette présomption est que le voisin qui n'a pas de bâtiment de son côté, *ayant pu*, selon la loi du lieu, être obligé par l'autre voisin à construire, à frais communs, un mur de la hauteur prescrite par la loi, *on doit présumer que lui ou ses auteurs y auront été obligés par l'autre voisin, et qu'ils l'auront construit à frais communs jusqu'à ladite hauteur*. A l'égard de ce qui est au delà de ladite hauteur, la présomption est que c'est le voisin qui en avait besoin pour élever son bâtiment qui a fait seul les frais de cette élévation. »

MM. Pardessus, Toullier et Delvincourt ont adopté cette distinction, et ce dernier jurisconsulte, avec plus d'extension encore.

M. Toullier l'admet purement et simplement.

(1) *Voyez Festus*, à ce mot.

(2) *Contrat de société*, n° 202.

Cependant, selon lui, l'obligation de se clore dans les villes et les faubourgs, quand l'un des voisins le demande, doit s'entendre seulement en ce sens, que l'autre est obligé, ou de contribuer à la clôture, ou d'abandonner la moitié du terrain nécessaire à la construction du mur, avec tout droit à la mitoyenneté; ce qui affaiblit grandement, comme on le voit, la présomption reconnue par Pothier, que le voisin a contribué aux frais de construction du mur du bâtiment jusqu'à la hauteur prescrite par la loi du lieu pour la clôture commune. Mais ce n'est point encore le moment de discuter l'opinion de M. Toullier sur ce point particulier : nous le ferons bientôt.

Quant à M. Delvincourt, il sous-distingue, contrairement à Pothier, sur le cas où les fonds sont situés à la campagne ; il dit : « Dans les « lieux où l'un des voisins ne peut forcer l'autre « à contribuer à la clôture commune, si le jardin « est clos de tous côtés, le mur (du bâtiment) « doit être présumé mitoyen jusqu'à la hauteur « du mur qui forme la clôture des autres côtés. « Si le jardin n'est clos que du côté du bâtiment, « le mur doit être présumé appartenir en entier « au propriétaire dudit bâtiment, par argument « de l'art. 670 (1). »

Ainsi, M. Delvincourt admet la présomption de mitoyenneté, même dans un cas où Pothier la rejetait.

Mais, il faut le dire, le Code n'a pas plus consacré la distinction principale de Pothier que la sous-distinction de M. Delvincourt.

En effet, l'article porte : « Dans les villes et « campagnes, tout mur servant de séparation « entre *bâtiments* jusqu'à l'héberge (ce qui fait « un cas bien distinct), ou entre cours et jar- « dins, et même entre enclos dans les champs « (ce qui fait un autre cas), est présumé mitoyen, « s'il n'y a titre ou marque du contraire. »

Ainsi, il n'est pas dit entre bâtiment, cour ou jardin, etc., mais d'abord entre *bâtiments ;* et si l'on répondait que la rédaction de l'article eût été embarrassée par la répétition du mot *bâtiment* pour le cas où il y a bâtiment d'un côté, et cour ou jardin de l'autre, parce qu'il aurait fallu répéter ce mot après l'avoir employé pour le cas où il y a bâtiments des deux côtés, on répliquerait que ce n'est point une raison suffisante pour induire une présomption légale quand la loi n'a pas parlé sur le cas en question.

La présomption légale est celle qui est attachée par la loi à certains actes ou à certains faits : tels sont, dit l'art. 1350-2°, les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées.

Hors ces circonstances, il n'y a plus de présomption légale ; il peut seulement exister une de ces présomptions de fait, que la loi abandonne à la sagesse du magistrat, et qui sont aussi fondées sur des conjectures, des vraisemblances, mais qui n'ont pas paru au législateur avoir un caractère d'évidence assez grave pour mériter d'être élevées à la dignité de présomptions légales. Dans le cas prévu et décidé par Pothier, il n'y a qu'une simple conjecture, plus ou moins forte, comme on va le voir, et non une preuve de mitoyenneté, puisque le Code ne l'a point consacrée, et qu'il n'est pas permis au juge de créer par analogie des présomptions ; il usurperait ainsi sur le domaine de la loi ; il commettrait un excès de pouvoir qui, suivant les principes, solliciterait la réformation de sa décision.

Le raisonnement de ce jurisconsulte est uniquement fondé sur ce que le propriétaire du bâtiment ayant pu, dans les villes et faubourgs, forcer l'autre à contribuer à la confection du mur jusqu'à la hauteur prescrite par le statut local pour les murs de clôture commune, on doit présumer que ce voisin ou ses auteurs y ont été forcés. Mais cette conséquence n'est point rigoureusement exacte.

D'abord, comme le voisin, dans tous les cas, n'aurait pu être forcé qu'à contribuer à la confection d'un mur de clôture ordinaire, et non à celle d'un mur de bâtiment, généralement plus fort, plus épais, plus coûteux, et qu'il y aurait eu, d'après cela, une espèce de ventilation, une appréciation spéciale, on peut très-bien supposer que celui qui se proposait de construire le bâtiment a fait seul les frais du mur pour éviter ces difficultés, en songeant d'ailleurs que ce mur lui appartiendrait en propre.

Cette supposition, contraire à celle de Pothier, est si peu hasardée, que, dans une foule

(1) Code de Hollande, art. 710.

de cas, le mur appartient en effet exclusivement à l'un des voisins, nonobstant la faculté qu'il avait, et que nous lui reconnaissons nous-même, de forcer l'autre à contribuer à la construction d'un mur de clôture ordinaire, jusqu'à la hauteur déterminée par la loi : ces cas sont ceux où il y a titre ou marque de non-mitoyenneté. Ainsi, ce qui a lieu dans le cas où il y a titre ou marque de non-mitoyenneté, ayant pu également avoir lieu quoiqu'il n'y ait pas de titre ni de marque de propriété exclusive, c'est une preuve que le raisonnement de ce jurisconsulte peut porter à faux dans certains cas, comme il peut être fondé sur la vérité dans d'autres, et dès lors qu'il dégénère en simple conjecture, en simple vraisemblance, plus ou moins forte : d'où il suit qu'il ne saurait constituer une véritable présomption de droit, surtout sous le Code, quand il est évident que ses rédacteurs, qui connaissaient à n'en pas douter la distinction de cet auteur, n'ont point établi une telle présomption dans le cas dont il s'agit.

On verra même plus loin que ce n'a été que par suite de la discussion élevée sur l'article 663, que l'on a consacré le principe de la clôture forcée dans les villes et les faubourgs ; conséquemment ils n'ont point entendu, en rédigeant l'article 653, sur lequel s'élève la question que nous agitons, admettre une distinction uniquement fondée sur un principe qui n'était pas encore positivement établi par eux, qui ne l'a été que plus tard au conseil d'État.

Pothier lui-même n'a pu l'appuyer que sur une conjecture, et non sur un texte ; car il n'en cite point. C'est une déduction de son esprit judicieux et presque toujours interprète fidèle des vrais principes ; mais, encore une fois, ce n'est pas sur le sentiment d'un jurisconsulte, quelque grave que soit l'autorité qu'il a su imprimer à ses décisions, qu'on doit asseoir une présomption légale ; c'est uniquement sur la loi. L'on vient de voir, d'ailleurs, que la conséquence qu'il tire du principe de la clôture forcée peut être contraire à la vérité du fait; qu'elle l'est même dans beaucoup de cas.

On dira peut-être que le propriétaire du bâtiment est en faute de n'avoir pas su se ménager un titre ou une marque de non-mitoyenneté : à cela nous répondrons que c'est déplacer la question ; car elle s'élève sur ce qui est, et non pas sur ce qui aurait dû être, et ce n'est que sur ce qui est que la loi établit la présomption de mitoyenneté : d'ailleurs, le même reproche s'appliquant, relativement à la mitoyenneté, avec autant de raison au voisin lui-même, s'il avait réellement contribué à la confection du mur, l'objection tombe, parce qu'elle se neutralise par une de même force. Et quant à ce reproche, fait au propriétaire du mur, de ne s'être pas du moins ménagé des marques de non-mitoyenneté, à défaut de titre, nous répondons aussi que ces marques, qui consistent dans des corbeaux ou filets de pierre placés du côté de celui qui réclame la propriété exclusive, se voient quelquefois sans doute, mais rarement dans les maisons de ville, surtout dans les constructions modernes, où l'aspect de ces pierres en saillie dans l'intérieur des bâtiments serait d'un mauvais effet et offusquerait la vue. Sur cent maisons à Paris on en trouverait peut-être à peine une dont le mur contienne, en dedans de l'édifice, ces corbeaux ou filets, qui sont, en pareil cas, les seules marques de non-mitoyenneté.

Tout nous porte donc à rejeter la distinction de Pothier et des auteurs qui l'ont adoptée sous le Code, parce que, d'une part, elle n'est pas fondée sur un raisonnement rigoureusement exact, qu'elle ne l'est que sur une conjecture qui est loin d'être toujours d'accord avec la vérité du fait, et parce que, d'autre part, la loi n'en a pas fait l'objet d'une présomption de droit. Or, comme le mur fait partie du bâtiment, que sans lui le bâtiment ne pourrait subsister, ce qu'on ne peut dire de la cour ou du jardin voisin, nous en concluons que ce mur est censé appartenir exclusivement au maître de l'édifice, quand même la cour ou le jardin serait entouré de murs de tous les autres côtés, et, à plus forte raison, s'il ne l'était que du côté du bâtiment; distinction que ne fait pas Pothier, et qu'en effet il ne devait pas faire pour être conséquent, puisqu'il ne fait résulter la présomption de mitoyenneté que de la faculté qu'avait le maître de ce bâtiment, de forcer le voisin à contribuer à la construction du mur de clôture, d'où il infère qu'il est censé l'avoir fait; car ce raisonnement s'applique en effet à tous les cas où il s'agit de terrains situés dans les villes ou faubourgs, déjà

cours ou jardins, ou dont on veut faire des jardins ou des cours, en un mot, qu'on veut enclore.

304. Mais dans le second cas de présomption de mitoyenneté de l'article 653, il n'est pas nécessaire, pour qu'elle ait lieu, que les deux fonds soient de même nature, que ce soient deux cours ou deux jardins. La raison est la même quand c'est un jardin et une cour, que lorsque ce sont deux jardins ou deux cours, à la différence du cas où il y a, d'un côté, un bâtiment, et de l'autre un fonds d'une autre nature; car si, dans ce dernier cas, l'on peut dire que le mur appartient au bâtiment, dont il est partie intégrante, il n'en est pas de même dans le premier, où il n'y a pas de motif de se décider en faveur du jardin plutôt qu'en faveur de la cour, et *vice versa*, puisque ce mur peut faire aussi bien partie de l'un de ces fonds que de l'autre. Le texte lui-même appuie cette décision en disant *entre cours et jardins*, etc., ce qui s'entend naturellement des deux cas, de celui où c'est une cour et un jardin, et de celui où ce sont deux jardins ou deux cours, tandis que dans la première partie de l'article, la loi dit entre *bâtiments*, ce qui suppose bâtiments des deux côtés.

305. S'il se trouvait dans les champs un mur servant de séparation entre deux fonds qui ne seraient ni l'un ni l'autre cour, jardin ou enclos, on devrait également le présumer mitoyen, non pas en vertu de l'article 653, car il est muet sur ce cas, mais par la raison qu'aucun des propriétaires n'y pourrait prétendre plus de droit que l'autre, tant qu'il ne justifierait pas de sa prétention.

306. La présomption de mitoyenneté du mur de séparation ne s'étend entre bâtiments que jusqu'à l'héberge (1), c'est-à-dire jusqu'au point le plus élevé du toit inférieur. L'excédant du mur appartient au propriétaire du bâtiment le plus élevé, lors même que cet excédant dépasserait le toit de ce bâtiment, attendu que, portant directement sur une partie du mur appartenant exclusivement à ce propriétaire, c'est ce dernier qui est naturellement présumé l'avoir construit à ses frais, soir pour garantir son toit de la violence des vents, soit dans la vue d'exhausser un jour son bâtiment. C'est aussi l'avis de M. Delvincourt, contre celui de M. Pardessus (nº 150 de son *Traité*).

307. Si, comme on le voit souvent, le toit du bâtiment inférieur ne s'étendait point parallèlement au mur, mais présentait un plan incliné d'un ou de deux côtés, la présomption de mitoyenneté suivrait la même direction, c'est-à-dire qu'elle ne s'étendrait pas parallèlement jusqu'au point le plus élevé du toit, mais bien seulement en suivant le plan incliné qu'offrirait ce toit. En effet, si c'est le bâtiment inférieur qui a été construit le premier, il est clair que son propriétaire a donné au mur la direction qu'il se proposait de donner au toit lui-même, et qu'il ne l'a pas élevé au delà. Si c'est le bâtiment supérieur qui est le plus ancien, ou si les deux édifices ont été construits en même temps, le maître du bâtiment inférieur a dû se contenter de rendre le mur mitoyen seulement dans les parties qui devaient lui être nécessaires, puisqu'on peut acquérir la mitoyenneté d'une partie du mur, comme on peut l'acquérir pour le tout. (Art. 661.) On doit donc croire, dans toutes les hypothèses, qu'elle n'existe en effet que relativement à ces mêmes parties, et que tout l'excédant appartient au maître du bâtiment le plus élevé, sauf preuve contraire.

308. D'après l'art. 654, la présomption de mitoyenneté cesse dans deux cas:

1º Lorsqu'il y a titre;

2º Lorsqu'il y a marque du contraire.

Elle s'évanouit également quand il y a prescription de la propriété exclusive en faveur de l'un des voisins. Nous allons bientôt parler de ce cas.

Le titre, comme l'observe M. Pardessus, peut avoir pris naissance dans plusieurs circonstances.

(1) *Héberge* est un vieux mot qui signifie le couvert. On dit encore *héberger* quelqu'un, pour dire qu'on le reçoit chez soi, qu'on lui donne le couvert.

Quid si le bâtiment inférieur a ses cheminées adossées au mur supérieur ? Il y a présomption de mitoyenneté du mur dans les endroits où elles sont placées; car le propriétaire de ce mur n'était point obligé de les souffrir sans indemnité. Mais, d'un autre côté, le maître du bâtiment inférieur n'étant point obligé de rendre le mur mitoyen en totalité, il ne doit être présumé l'avoir fait que dans les parties où cela lui était nécessaire pour adosser les cheminées.

Il peut remonter à l'époque de la construction du mur, ou lui être postérieur. Son effet, dans tous les cas, sera le même, attendu que l'un des propriétaires d'une chose commune peut céder ses droits à l'autre.

Ainsi il y a titre de propriété exclusive si, lorsque l'un des voisins, au moment où il a fait construire le mur, ou depuis, a fait avec l'autre un acte par lequel celui-ci a reconnu en faveur du premier la propriété exclusive du mur; ou si, quand il se proposait de le construire, il lui a fait faire notification par laquelle il protestait contre toute prétention future de sa part à la mitoyenneté, à moins toutefois que le voisin ne produisît une preuve contraire, par acte, qu'il a déclaré vouloir que le mur fût construit en commun. Il y aurait également titre si, propriétaire de deux fonds séparés par un mur, je disposais de l'un de ces fonds en me réservant la propriété exclusive du mur, *aut vice versa ;* ou si, sans me réserver expressément la propriété, l'acte de disposition portait que le fonds aliéné est vendu, cédé ou donné à partir du parement du mur de séparation, ou même simplement à partir de ce mur du côté dudit fonds. Le droit de l'acquéreur ne s'étendrait pas au delà : le mur serait entièrement réservé; car celui qui aliène à partir de tel point, de tel endroit, n'aliène pas ce même endroit. C'est ce que nous avons déjà dit relativement au cours d'eau, *suprà*, nº 225.

309. Il y a marque de non-mitoyenneté lorsque la sommité du mur est droite et à plomb de son parement, d'un côté, et présente de l'autre un plan incliné (1);

Lors encore qu'il n'y a que d'un côté, ou un chaperon (2), ou des filets (3) et corbeaux de pierre (4), qui y auraient été mis en bâtissant le mur (5).

Dans ces cas le mur est censé appartenir exclusivement au propriétaire du côté duquel sont l'égout ou les corbeaux et filets de pierre. (Article 654.)

On doit croire que si celui-ci n'eût pas été propriétaire exclusif du mur, il n'aurait pas souffert que les eaux déversassent en totalité sur son terrain; et le voisin ne lui eût pas permis de placer dans le mur, lors de sa construction, des filets ou corbeaux de pierre, dont lui seul peut retirer avantage, puisqu'ils sont de son côté. Aussi ces filets ou corbeaux placés après coup ne détruiraient en aucune manière la présomption de mitoyenneté, attendu la facilité qu'aurait l'un des voisins de les y placer à l'insu de l'autre, puisque ce serait de son côté. Ils ne pourraient non plus fonder la prescription; car la possession qui en résulterait n'aurait pas le caractère de publicité exigé pour cela (art. 2229), vu qu'ils pourraient très-bien être inconnus à l'autre propriétaire.

Mais quand ils ont été placés en construisant le mur, ils produisent la présomption de propriété exclusive en faveur de celui du côté duquel ils se trouvent, encore que le mur n'ait pas trente ans d'existence.

« Ces corbeaux, observe très-bien M. Delvincourt (6), ne doivent pas être confondus avec « ce qu'on appelle des *harpes* ou pierres d'attente, qui sont des pierres que fait saillir, du « côté du voisin, celui qui bâtit le premier, afin « que lorsque le voisin viendra à bâtir à son « tour, les deux maisons se trouvent liées ensemble, et qu'il ne soit pas nécessaire de faire « des entailles et des incrustements qui détérioreraient la jambe boutisse de la première « maison. On voit par là que ces harpes ne peuvent fournir aucun préjugé relativement à la « mitoyenneté. »

En effet, comme les corbeaux ne détruisent la présomption de mitoyenneté qu'en faveur de celui du côté duquel ils se trouvent (art. 654), il s'ensuivrait, si l'on confondait les *harpes* ou pierres d'attente avec les corbeaux, que le mur

(1) Pour faire déverser les eaux de la pluie, qui ne tombent de cette manière que d'un côté.

(2) On appelle ainsi le sommet du mur, et que l'on forme avec de la chaux ou du plâtre, et quelquefois que l'on couvre avec de la tuile pour mieux garantir le mur. Ce sont principalement les murs de clôture qui ont ces chaperons. Quand il n'y en a que d'un côté, ils présentent un seul plan incliné.

(3) Le filet est la partie du chaperon qui déborde le mur, afin que l'eau de la pluie tombant au delà du parement du mur ne le dégrade pas. Ce filet, dit Desgodets, se nomme aussi *larmier*.

(4) Pierres en saillie que l'on place dans le mur, afin de pouvoir y asseoir les poutres et les solives pour leur donner moins de portée.

(5) On croit généralement, observe M. Delvincourt, que les corbeaux ont été placés en bâtissant le mur, quand l'épaisseur du mur et la saillie que fait le corbeau sont faites d'une seule et même pierre, parce que c'était en effet le meilleur moyen de lui donner la solidité nécessaire pour supporter la poutre.

(6) D'après Goupy, sur Desgodets, notes sur l'art. 211 de la Coutume de Paris.

du bâtiment qui vient d'être construit avec des pierres d'attente serait censé appartenir exclusivement au voisin qui n'a point encore bâti ; ce qui serait absurde.

310. Dans beaucoup de pays on reconnaissait d'autres signes de non-mitoyenneté que ceux reconnus par le Code, tel qu'un œil-de-bœuf ou autres ouvertures. Ces signes, établis avant le Code, ont encore aujourd'hui tout leur effet. Ceux qui les ont employés comme moyens autorisés par la coutume ou le statut local, pour acquérir la preuve de la propriété exclusive du mur, n'ont pu être privés de cette preuve par la loi nouvelle. La loi n'a pas d'effet rétroactif (art. 2), et ce serait lui en donner un que de méconnaître ces signes de propriété, sur le prétexte qu'elle ne les regarde plus aujourd'hui comme tels. En maintenant les servitudes discontinues déjà acquises par la prescription lors de la publication de la loi sur les *servitudes*, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière, le Code (art. 691) a prouvé son respect pour les droits acquis. Or, au moment de sa mise en vigueur, les signes de non-mitoyenneté dont il vient d'être parlé attestaient un droit déjà acquis à cette époque, n'importe celle où il pourrait être ensuite contesté. Mais ce sera à celui qui invoquera ces signes en sa faveur, à prouver que le mur existait avant le Code.

311. Les signes de non-mitoyenneté céderaient eux-mêmes à la preuve résultant d'un titre qui établirait la mitoyenneté.

Bien mieux, le titre pourrait établir la propriété exclusive du mur en faveur de celui des voisins du côté duquel ne seraient pas l'égout, les filets ou corbeaux de pierre (1) ; car toute conjecture doit fléchir devant une preuve positive.

M. Pardessus (nº 161) apporte toutefois à cette décision une restriction importante : « à moins, « dit-il, que ces marques n'eussent une existence « de plus de trente ans après le titre. »

M. Delvincourt dit aussi : « Depuis combien « de temps faut-il que les choses soient en cet « état pour établir la présomption de non-mitoyenneté? Je pense que la possession annale « suffit, sauf au voisin qui prétend que le mur « est *mitoyen* à le prouver par titres, *auquel* « *cas, la preuve résultant des titres ne pourra* « *être détruite que par la possession trentenaire.* »

Dans ce cas, le titre établit la communauté, et celui qui invoque la prescription se fonde uniquement sur les signes dont il s'agit pour prouver qu'il a eu une jouissance exclusive du mur. Mais ces signes sont-ils suffisants, quand d'ailleurs l'autre voisin a également joui du mur nonobstant ces signes, parce que ce mur supportait aussi son bâtiment, lui servait aussi de clôture? Il nous semble bien plutôt que celui qui invoque aujourd'hui la propriété exclusive n'a eu qu'une jouissance à titre de copropriétaire. Il aurait fallu une contradiction régulière opposée au porteur du titre, et qu'il se fût écoulé trente ans depuis cette contradiction : alors la nature de la possession ayant été changée, la prescription aurait en effet pu courir contre le titre ; mais sans cela, et nonobstant les signes contraires au titre, on doit penser que cette jouissance n'a eu lieu que comme jouissance d'une chose indivise, et qui ne saurait fonder la prescription.

Nous ne saurions donc adopter la restriction apportée par ces jurisconsultes : l'un relativement à la propriété exclusive en faveur de celui du côté duquel sont les signes, nonobstant le titre contraire ; l'autre en faveur de la mitoyenneté, malgré ce titre. Dès qu'il y a titre de propriété exclusive en faveur de l'un des voisins, que font désormais ces signes en faveur de l'autre? Celui-ci n'a pu prescrire contre le titre émané de lui ou de son auteur, parce qu'on ne peut pas prescrire contre son titre à l'effet d'acquérir, en ce sens que l'on puisse se changer à soi-même la cause et le principe de sa possession. (Art. 2240) (2). Or, la jouissance de ce voisin, depuis qu'il a consenti le titre de propriété exclusive en faveur de l'autre, n'a plus été qu'une jouissance à titre précaire, qui n'a pu conséquemment fonder la prescription. Nous ajouterons, à l'égard des corbeaux et filets de pierre (3), que le voisin porteur du titre a fort bien pu les ignorer, puisqu'ils ne sont pas de son côté : autre motif pour écarter la prescription invoquée contre le titre. Pour qu'elle pût courir,

(1) Pothier, *Contrat de société*, nº 206. Bourjon, *des Servitudes*, part. II, chap. x, sect. 1, nº 2.

(2) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(3) Ce raisonnement ne s'applique pas au plan incliné, attendu que l'écoulement des eaux d'un seul côté témoignait assez de son existence. Il s'agit d'ailleurs d'un mur découvert.

il faudrait donc, selon nous, autre chose que ces simples signes; il faudrait des actes de propriété exclusive et propres à démontrer avec évidence que la jouissance du mur a eu lieu à titre de propriétaire exclusif, nonobstant le titre contraire.

512. Il est possible qu'il se trouve des signes de non-mitoyenneté des deux côtés, et que ces signes soient semblables ou différents : par exemple, il y a chaperon, corbeau ou filet des deux côtés; ou bien chaperon ou plan incliné d'un côté, et corbeau de l'autre : ces signes de l'un et de l'autre côté se neutralisent-ils, et donnent-ils lieu à la présomption de mitoyenneté?

Oui, dans tous les cas où la clôture est forcée, peu importe que les signes soient de même nature ou de nature différente.

Dans les lieux où la clôture n'est pas forcée, et néanmoins que la présomption de mitoyenneté existe, à moins de marque du contraire, parce qu'il s'agit d'un mur servant de séparation entre bâtiments, cours et jardins, ou entre enclos dans les champs, ces indices placés des deux côtés se neutraliseront ordinairement, et feront que le mur sera présumé mitoyen, d'après la règle générale. Mais si l'un des deux fonds, situés dans un village ou dans les champs, est entièrement ou presque entièrement entouré de murs, et que l'autre ne le soit que du seul côté du mur dont la mitoyenneté est prétendue, on doit décider, quand bien même ce mur présenterait un chaperon des deux côtés, qu'il appartient cependant en totalité au maître du premier fonds, surtout si les autres murs de ce fonds avaient aussi des chaperons des deux côtés. En effet, la présomption légale de mitoyenneté n'existe pas dans ce cas, puisque la loi ne l'établit qu'entre bâtiments, cours et jardins, ou entre enclos même dans les champs, et que l'un des fonds n'est ni cour, ni jardin, ni enclos. Ce ne serait donc qu'à raison de la circonstance que le mur dont il s'agit offre un chaperon du côté du voisin qui prétend à la mitoyenneté, que cette communauté pourrait être présumée exister de fait : or, le signe de non-mitoyenneté qui existe aussi de l'autre côté neutralise le premier et rend à la règle générale toute son application, c'est-à-dire que le mur est censé appartenir exclusivement au fonds enclos, parce qu'on doit supposer, comme le dit très-bien M. Toullier, que le propriétaire de ce fonds a laissé derrière un petit espace pour recevoir une partie des eaux de la pluie, ou que le maître du fonds déclos ne s'est point opposé à la construction du mur avec ce chaperon de son côté.

Au surplus, les diverses circonstances du fait, dans ce cas, et autres semblables, qui peuvent se présenter sous mille faces différentes, et que la loi n'a pu prévoir toutes, serviront aussi de guide au magistrat.

513. Il nous reste à examiner si la propriété exclusive du mur ne peut pas également résulter de la prescription.

Nous raisonnerons dans l'hypothèse où il n'y aurait pas de titre qui établirait la mitoyenneté ou la propriété entière en faveur du voisin.

Il n'est pas douteux que si, pendant trente ans, l'un des voisins a fait, dans un mur que la loi présumait mitoyen, des actes ou des entreprises qui excluent la supposition de toute mitoyenneté, par exemple en y pratiquant des jours, même à fer maillé et à verre dormant (art. 675) (1), ou des enfoncements (art. 662) (2), ou en abaissant le mur, etc., il n'est pas douteux, disons-nous, que la prescription ne puisse établir en sa faveur la propriété exclusive du mur (3). La copropriété n'empêche pas qu'un seul ne puisse acquérir par prescription les droits de son associé (4) (art. 816); mais il faut pour cela que les faits soient tellement précis et certains, qu'on doive en conclure que l'un a joui comme propriétaire exclusif, et non comme associé, et que l'autre s'est regardé comme sans droits, ou comme ayant abandonné ceux qu'il avait (5) : d'où il suit que des faits que la mitoyenneté donne le droit de faire seraient insuffisants pour fonder la prescription (6); il en serait de même de tout autre fait qui serait clandestin ou violent. (Art. 2229.)

(1) Code de Hollande, art. 691.
(2) Ibid., art. 689.
(3) Arrêt du 22 mai 1770, cité par Denisart, v° *Mur*, n° 15; et M. Pardessus, n° 161 de l'édition Hauman.
(4) Lapeyrère, v° *Prescription*.
(5) Dunod, *des Prescriptions*, part. 1. chap. XII.
(6) Arrêt du parlement de Toulouse, du 3 septembre 1705. *Journal de ce parlement*, tome V, § 96, page 217. *Répertoire* de M. Merlin, v° *Prescription*, sect. 3, § 3, art. 1.

314. M. Pardessus (nº 161) enseigne qu'une simple possession annale ne suffit pas pour détruire les effets de la présomption légale de mitoyenneté ; qu'il faudrait nécessairement prouver qu'on a acquis la propriété exclusive par le laps de temps qu'exigent les articles 2262 et 2265.

M. Toullier, tome III, nº 188, et M. Merlin, *Répertoire*, vº *Mitoyenneté*, le décident aussi de la même manière. Le premier de ces auteurs s'exprime ainsi : « La présomption de mitoyen- « neté cède aux titres contraires, mais non à la « simple possession annale, quelque bien carac- « térisée qu'elle pût être, à moins qu'elle ne re- « montât à un temps suffisant pour opérer la « prescription (1). Si l'un des voisins avait obtenu « au possessoire un jugement qui l'eût maintenu « dans la *propriété* (2) du mur séparant leurs « héritages, l'autre voisin pourrait former l'ac- « tion pétitoire sans produire de titre, parce qu'il « a un titre dans la présomption légale de mi- « toyenneté qui ne doit céder qu'aux preuves « contraires. »

Mais quelle serait donc, dans ce système, l'utilité de l'action possessoire, qu'on suppose cependant avoir pu être intentée? Quelle serait l'utilité de la possession annale elle-même, puisqu'elle ne dispenserait pas de produire un titre? Nous ne le voyons pas ; et nous ne pouvons nous figurer que le législateur ait songé à maintenir cette possession, comme il l'a fait par l'art. 3 du Code de procédure, dans un cas où elle n'aurait point d'effet.

M. Delvincourt professe qu'il suffit, pour établir la présomption de non-mitoyenneté, que les signes dont parle l'article 654 existent depuis plus d'un an, sauf au voisin qui prétend que le mur est mitoyen, à le prouver par titres.

Il est vrai que MM. Pardessus et Delvincourt ne raisonnent pas tout à fait sur le même cas. Il s'agit dans celui sur lequel parle M. Pardessus, d'actes ou entreprises que l'un des voisins ne pourrait faire qu'en qualité de propriétaire exclusif du mur, et dans celui supposé par M. Delvincourt, de simples signes qui dénotent aussi cette propriété. Mais cette différence n'en devrait amener aucune dans la solution de la question ; peut-être même que la possession annale des signes de non-mitoyenneté devrait avoir moins de force encore que les actes de propriété exclusive faits par l'un des voisins ; et cependant les décisions de ces deux auteurs sont tout à fait différentes.

Il nous semble que celle de M. Pardessus n'est pas fondée sur les principes qui règlent les effets de la possession annale, effets qui sont d'obliger l'adversaire de celui qui peut l'invoquer à prouver que le droit de propriété est néanmoins de son côté, quoique la possession n'y soit pas. La présomption est, il est vrai, que le mur est mitoyen ; mais pourquoi la possession annale ne détruirait-elle pas cette présomption, comme elle la détruit dans les autres cas? La mitoyenneté ne signifie pas autre chose, si ce n'est que chacun des voisins est propriétaire de la moitié (*pro regione*) du mur : or, si la possession annale de tout le fonds voisin en faisait, jusqu'à preuve contraire, présumer propriétaire le possesseur, on ne voit pas pourquoi la possession d'une partie de ce fonds, d'une partie du mur, en un mot, ne l'en ferait pas également réputer propriétaire jusqu'à preuve du contraire. On dit que la loi ne fait céder la présomption de mitoyenneté qu'aux titres et aux marques du contraire (article 653) ; nous répondrons que la loi la fait céder au *titre* de propriété : or, la propriété est toujours présumée en faveur de celui qui a une possession annale régulière. Il n'y a de différence, sous ce rapport, entre la possession trentenaire, qui cependant est exclusive de la mitoyenneté suivant les adversaires eux-mêmes, et la possession annale, qu'en ce que l'effet de celle-ci peut être détruit par la preuve contraire, administrée au pétitoire ; tandis que l'effet de celle-là est absolu, définitif. La loi présume aussi qu'un fonds est franc de toute servitude ; et néanmoins si un voisin a acquis la possession annale d'une servitude sur ce fonds, de la nature de celles qui sont susceptibles de s'acquérir par prescription, ce sera au propriétaire du fonds à détruire, au pétitoire, par la preuve de la non-existence du droit, l'effet de cette possession ; et l'on peut cependant dire également que la présomption de franchise de l'héritage ne cède qu'à un titre de servitude ou à la prescription, puisque les servitudes dérivant du fait de l'homme ne s'établissent que de l'une ou de l'autre manière, ou bien par la destination du

(1) Mais alors elle ne serait plus seulement annale.

(2) Ce qui est impossible, parce que ce serait cumuler le pétitoire et le possessoire ; ce qui est défendu. (Art. 25, Code de procéd.)

père de famille, qui vaut titre dans certains cas. Il y a donc parité de motifs dans les deux espèces, et conséquemment la décision doit être la même. Elle n'est d'ailleurs susceptible d'aucun inconvénient qui ne se rencontrerait pas également dans les effets de la possession annale du fonds lui-même, puisqu'il faudra toujours que le voisin ait fait des actes paisibles, publics et à titre de propriétaire exclusif, et que ces actes aient plus d'une année de date, sinon la possession serait inefficace, et la présomption de mitoyenneté n'aurait jamais été détruite. Tels sont les motifs qui nous font préférer le sentiment de M. Delvincourt, qui l'exprime même ainsi pour le cas où il n'y a que de simples signes ou marques de non-mitoyenneté, tandis que dans l'espèce de la question, il s'agit d'actes ou entreprises qui n'ont pu avoir lieu de la part de l'un des voisins qu'en qualité de propriétaire exclusif, actes qui certainement ont bien autant de force pour témoigner de la propriété entière en faveur de celui qui les a faits, qu'un chaperon, un filet ou des corbeaux placés de son côté. Il serait, en effet, bizarre que celui qui aurait pratiqué paisiblement, et depuis plusieurs années, une fenêtre ouvrante par exemple, dans le mur prétendu mitoyen, qui en aurait ainsi joui sans réclamation de la part du voisin, ne fût néanmoins pas présumé propriétaire du mur par suite de cette possession paisible, publique, et plus qu'annale, tandis qu'il le serait s'il se trouvait seulement de son côté quelques corbeaux de pierre ou un larmier.

Le système opposé repose sur ce que l'art. 653 ne reconnaît pas, ainsi que le fait l'art. 670 pour les haies, la possession contraire comme destructive de la présomption de non-mitoyenneté ; mais l'art. 666 (1) ne le reconnaît pas davantage pour le fossé, et cependant M. Pardessus lui-même nous dit, au n° 183 de son ouvrage, qu'après avoir médité la question sur ce dernier point, il lui paraît démontré, d'après les art. 3 et 38 du Code de procédure, que la possession annale du fossé, par l'un des voisins, doit faire rejeter sur l'autre l'obligation de prouver qu'il y a mitoyenneté, parce que les usurpations de fossés sont rangées parmi les actions possessoires. Or, les usurpations de toutes *autres clôtures*, par conséquent, du mur prétendu mitoyen, sont aussi rangées par ces articles au nombre de ces actions. Ainsi, pour être conséquent, M. Pardessus doit décider dans le cas du mur comme dans celui du fossé.

(1) Code de Hollande, art. 705.

315. Celui qui a la propriété exclusive du mur a-t-il, du côté du voisin, un passage pour le réparer, ce qu'on appelle vulgairement *tour d'échelle ?*

Ici se placent naturellement quelques observations sur ce point, parce que nous aurons à considérer ce passage non pas comme servitude conventionnelle, ce qui nous eût engagé à renvoyer ces observations au chapitre suivant, mais sous d'autres rapports.

Quelques coutumes reconnaissaient au propriétaire d'un mur contigu au terrain d'autrui un droit sur un certain espace au delà de son mur.

Parmi ces coutumes, les unes voyaient un droit de propriété sur le terrain nécessaire au passage, dont l'étendue variait suivant les localités, droit fondé sur la présomption que le propriétaire du mur n'avait pas bâti joignant la ligne séparative des deux fonds ; qu'il avait, au contraire, laissé un peu de terrain au dehors du mur pour pouvoir y faire commodément les réparations qui deviendraient nécessaires.

Les autres y voyaient une simple servitude légale résultant du voisinage, laquelle cependant ne pouvait guère avoir d'autre fondement que la présomption ci-dessus ; ce qui était une inconséquence : car, dans cette supposition, c'eût été la propriété du terrain qui eût dû appartenir au maître du mur, et non pas seulement un droit de servitude légale.

D'autres coutumes considéraient le tour d'échelle comme une servitude proprement dite, qui avait dès lors besoin d'être acquise ; et de ces coutumes, les unes admettaient l'acquisition du droit aussi bien par prescription que par titre ; les autres ne l'admettaient que par titre, sans préjudice du cas où le propriétaire du mur s'était réservé l'espace intermédiaire, en ne bâtissant pas joignant la ligne séparative.

316. Le Code est absolument muet sur ce qu'on appelle le *tour d'échelle*, mais on peut établir les règles suivantes :

1° Celui qui a la servitude d'égout sur le terrain

voisin doit être censé avoir le tour d'échelle (art. 681, 696, 697 combinés) à moins de preuve contraire.

2° S'il s'agit de réparer un mur, il faut distinguer s'il est mitoyen ou s'il ne l'est pas. S'il est mitoyen, chaque voisin doit fournir le passage nécessaire à la réparation ; c'est une conséquence de la communauté (art. 655) (1). S'il n'est pas mitoyen, l'on doit faire une sous-distinction : si le mur est dans un lieu où la clôture est forcée, comme le propriétaire de ce mur pourrait contraindre le voisin à contribuer à la construction et réparation de la clôture commune, il peut, par cela même, l'obliger à souffrir le passage des ouvriers employés à la réparation et des matériaux nécessaires, pourvu que le passage soit demandé de bonne foi, c'est-à-dire quand la réparation est utile, et qu'elle se fasse d'ailleurs sans lenteur affectée; avec ces conditions, le passage doit être fourni, même sans indemnité (2). Quand le mur est à la campagne, on ne peut contraindre le voisin à fournir, même avec offre d'indemnité, le passage nécessaire aux réparations; c'est la faute de celui qui l'a construit, de ne s'en être pas ménagé un. Il faut en dire autant à l'égard même du mur d'un bâtiment aussi situé à la campagne, ou dans un village ou hameau, si ce bâtiment n'a pas la servitude d'égout sur le terrain du voisin. Mais comme le propriétaire du bâtiment aura probablement laissé un espace pour recevoir chez lui les eaux pluviales, afin de se conformer au vœu de l'art. 681, s'il l'a fait, il aura son tour d'échelle sur sa propriété.

3° Quant au tour d'échelle en lui-même, il n'est plus aujourd'hui nulle part en France *servitude locale*. Lorsqu'il est indiqué dans les actes, ou prétendu comme dépendant d'une construction, ce n'est que comme propriété accessoire, ou comme servitude conventionnelle (3), et les effets sont très-différents.

Ainsi, quand c'est comme propriété accessoire du bâtiment ou du mur que l'on réclame le terrain sur lequel est le tour d'échelle, et que l'on prouve son droit, on peut faire de ce terrain tout ce que l'on veut, le voisin n'y peut rien faire, n'y peut rien déposer ; et comme le mur ne joint pas immédiatement son fonds, il n'en peut exiger la mitoyenneté.

Mais quand c'est simplement comme servitude que le propriétaire du mur prétend avoir un tour d'échelle, il ne peut s'en servir que pour faire les réparations nécessaires à son mur ou à son bâtiment. Le voisin est propriétaire du terrain, et en dispose suivant sa volonté, pourvu qu'il ne nuise pas à l'exercice de la servitude. Et comme ce voisin joint le mur, il peut le rendre mitoyen, nonobstant la servitude ; on est dans le cas prévu à l'art. 661 (4) : la mitoyenneté ne sera pas un obstacle à ce que le but qu'on s'est proposé en stipulant le tour d'échelle, la faculté de pouvoir passer au delà du mur pour pouvoir le réparer, ne soit atteint, puisque le moyen sortira de la mitoyenneté elle-même.

4° Dans le silence des parties sur l'étendue de la stipulation du tour d'échelle, on doit présumer que c'est plutôt une servitude qu'elles ont entendu établir sur le terrain, qu'un droit de propriété ; d'où il suit, comme il vient d'être dit, que le propriétaire de l'espace assujetti peut y faire ce qu'il voudra, pourvu qu'il ne gêne pas l'exercice de la servitude, c'est-à-dire pourvu qu'il ne gêne pas le voisin dans ses réparations et reconstructions (5).

5° D'après le principe que la loi n'a pas d'effet rétroactif, qu'elle ne porte jamais atteinte aux droits acquis, il faut regarder comme certains les points suivants :

Premièrement. Dans les pays où, avant le Code, la propriété de l'espace situé au delà d'un mur existait en vertu d'un statut local ou d'une coutume, comme fondée sur la présomption, opposée à celle admise par le Code, que le propriétaire d'un bâtiment ou d'un simple mur de clôture ne l'a pas construit joignant immédiatement la ligne séparative, mais, au contraire, a réservé un passage pour y faire les réparations qui deviendraient nécessaires, le mur construit antérieurement au Code doit conserver, comme accessoire, ce même espace, dans la mesure déterminée par le statut local ou la coutume.

Secondement. Par l'effet du même principe, dans les pays où il n'y avait qu'une servitude légale

(1) Code de Hollande, art. 683.

(2) C'est aussi l'avis de M. Delvincourt.

(3) M. Pardessus professe la même doctrine.

(4) Code de Hollande, art. 688.

(5) *Voyez* l'arrêt de la Cour de Paris, du 6 août 1810. (Sirey, 1812, II, 415.)

sur cet espace, et non un droit de propriété, cette servitude doit aussi continuer d'exister au profit des murs construits antérieurement au Code.

Troisièmement. Dans les localités où il ne pouvait y avoir à cet égard qu'une servitude établie par le fait de l'homme, et qui en admettaient l'acquisition aussi bien par prescription que par titre, on maintiendra pareillement celles qui étaient déjà établies de l'une ou de l'autre de ces manières lors de la promulgation de la loi sur les servitudes; mais pour celles qui n'étaient point encore acquises par le mode de la prescription, comme ce sont des servitudes discontinues, des droits de passage, elles n'ont pu, d'après l'article 691, et nonobstant l'art. 2281, s'acquérir depuis par ce mode, encore que la jouissance en eût commencé avant le Code.

Quatrièmement. Enfin, dans tous les cas ce sera au propriétaire du bâtiment ou du mur de clôture qui réclamera, en vertu des anciennes coutumes ou statuts locaux, un droit de propriété ou de servitude sur l'espace dont il s'agit, à prouver que son mur ou son bâtiment a été construit sous leur empire. En faisant cette preuve, il doit être maintenu dans son droit, parce qu'il était acquis lors de la publication de la loi nouvelle; car, pour la conserver, il n'a pas été astreint à telle ou telle formalité. La coutume ou le statut local, le stipulant pour lui, le dispensait par cela même de prendre aucune précaution particulière pour cela; elle lui commandait seulement de ne point le laisser prescrire, et il n'est point prescrit, on le suppose.

317. La réparation et la reconstruction du mur mitoyen sont à la charge de tous ceux qui y ont droit, et proportionnellement au droit de chacun, suivant l'art. 655.

C'est l'application du principe qui régit toute communauté, toute société, et d'après lequel, en effet, chacun des intéressés est tenu de contribuer aux frais nécessaires à la conservation de la chose commune, dans la proportion de son intérêt.

De là, si la dégradation provenait du fait de l'un des propriétaires, ou des personnes dont il doit répondre, les frais de réparation seraient entièrement à sa charge. (Art. 1850-1382.)

Quand le mur menace ruine, l'un des propriétaires doit le faire constater, et faire ordonner contradictoirement qu'il y soit pourvu. Si le péril est imminent, l'urgence et le péril peuvent même être constatés par la police locale (1).

318. Comme il est loisible à chacun de répudier sa propriété dès qu'il juge qu'elle lui est à charge ou inutile, l'un des copropriétaires du mur mitoyen peut, en abandonnant la mitoyenneté, se dispenser de contribuer aux frais de réparation et reconstruction de ce mur. (Art. 656) (2).

Pour cela, il faut que l'abandon soit pur et simple, sans réserve, par conséquent que le mur ne soutienne pas un bâtiment appartenant à celui qui veut faire l'abandon (*ibid.*) : autrement ce dernier devrait, au préalable, faire cesser cet état de choses, isoler du mur le bâtiment comme il l'entendrait; sinon l'offre de l'abandon, comme frauduleuse, serait inadmissible, si le voisin ne consentait à l'agréer.

L'abandon ne pourrait, au reste, décharger celui qui le ferait des réparations rendues nécessaires par son fait ou par celui des personnes dont il répond : il ne l'affranchit que des réparations occasionnées par la vétusté ou la force majeure.

319. D'après l'art. 656, la faculté, pour l'un des propriétaires du mur mitoyen, de se décharger de l'obligation de contribuer aux frais de réparation et d'entretien dudit mur, en abandonnant la mitoyenneté, n'est limitée que pour le seul cas où ce mur soutiendrait un bâtiment qui lui appartient; mais le rapprochement de l'article 663 avec le premier a donné lieu à la question, fort controversée, de savoir si l'abandon peut être fait, malgré le voisin, dans les cas où la clôture est forcée.

« Chacun, porte cet art. 663 (3), peut contraindre son voisin, dans les villes et les faubourgs (4), à contribuer aux constructions et

(1) M. Favard, *Répertoire*, vº *Servitudes*, sect. 2, § 4, nº 4, et vº *Police locale*, sect. 1, § 1.

(2) Code de Hollande, art. 683, § 2.

(3) Ibid., art. 690.

(4) En cas de contestation sur le point de savoir si le lieu où sont les fonds fait partie d'un faubourg, c'est à l'autorité administrative à le décider.

C'est elle aussi qui décide si l'on peut ranger tel lieu parmi les villes, et si tel lieu est ou non un faubourg.

« réparations de la clôture faisant la séparation « de leurs maisons, cours et jardins assis ès dites « villes et faubourgs (1). La hauteur sera fixée « suivant les règlements particuliers ou les usages « constants et reconnus; et à défaut d'usages et « de règlements, tout mur de séparation entre « voisins qui sera construit à l'avenir doit avoir « au moins 32 décimètres (10 pieds) de hau- « teur (2), compris le chaperon, dans les villes « de cinquante mille âmes et au-dessus, et 26 dé- « cimètres (8 pieds), dans les autres. »

La sûreté des personnes et des propriétés, plus facilement exposée dans les villes que dans les campagnes, à raison de la proximité des habitations, de l'étendue de la population et de l'importance des choses sujettes aux soustractions frauduleuses, et peut-être aussi le désir de donner aux villes un aspect plus régulier, et en même temps plus agréable, ont motivé la disposition de notre art. 663. Elle ne porte d'ailleurs aucun préjudice notable aux propriétaires, forcés, sur la demande de leurs voisins, de se clore, attendu que la clôture dans les villes augmente réellement la valeur des héritages. Mais dans les campagnes il n'en est pas ainsi, du moins généralement, et si l'on eût également imposé l'obligation de s'y clore, c'eût été mettre souvent l'un des propriétaires à la discrétion de l'autre, qui aurait voulu avoir un parc, un enclos pour son agrément, sans qu'il en fût résulté une utilité réelle pour le premier, puisque son fonds n'en aurait pas été plus productif, et que le revenu est le point important pour un fonds situé dans les champs.

L'art. 209 de la coutume de Paris offrait une disposition semblable à celle que nous voyons dans le Code, et l'article suivant ne permettait de s'affranchir de la mitoyenneté, en l'abandonnant, que *hors des villes et faubourgs*.

La question est donc de savoir si le Code a entendu innover à cet égard. Nous croyons utile de l'examiner à fond, à cause de son importance, et parce qu'en outre elle partage les jurisconsultes qui ont écrit sur le Code.

Dans son analyse sur l'art. 663, M. Malleville a écrit qu'il avait été convenu que, dans le cas de cet article, comme dans celui de l'article 656, le voisin pourrait se dispenser de contribuer à la clôture, en renonçant à la mitoyenneté et en cédant la moitié du terrain sur lequel le mur doit être assis.

M. Toullier, d'après M. Malleville, dit que le droit de contraindre le voisin à se clore doit s'entendre en ce sens, que celui-ci doit se clore, ou abandonner la moitié du sol et la mitoyenneté.

M. Favard paraît aussi s'être rangé à cette opinion en la rapportant sans la contredire.

Mais MM. Delvincourt et Pardessus ne voient, au contraire, dans l'art. 656 qu'une disposition générale, qui souffre exception pour le cas où la clôture est forcée, parce que, selon eux, l'article 663, qui en consacre le principe, est une disposition spéciale qui modifie seulement la première, mais ne la détruit pas, suivant la règle *specialia generalibus derogant*.

Un arrêt de la cour de cassation, de rejet, il est vrai, mais de la section civile (3), a jugé conformément au sentiment de MM. Malleville et Toullier, non pas, à la vérité, sur le cas d'un mur à construire pour former la clôture commune, mais sur un cas où il s'agissait de la simple réparation d'un mur déjà existant.

Cet arrêt, dont nous croyons devoir combattre les motifs, parce qu'ils sont à peu près les mêmes que ceux allégués par les partisans de l'opinion contraire, et qu'ils sont d'ailleurs fondés plutôt

(1) La disposition de l'article 663 est générale; et on ne peut l'éluder sur le prétexte que le terrain ou les terrains ne seraient ni jardins ni cours. Arrêt de cassation du 27 novembre 1827. (Sirey, 1828, 1, 122.)

(2) Si l'un des deux fonds est plus élevé que l'autre, le propriétaire inférieur n'en peut pas moins exiger que le mur soit de la hauteur prescrite à partir du sol supérieur, à moins qu'il n'ait consenti à l'autre la servitude de terrasse : autrement il ne serait pas aussi bien gardé qu'il est en droit de l'exiger. Et, suivant l'avis de Desgodets, sur l'art. 209 de la Coutume de Paris, et que Goupy, dans ses notes sur cet auteur, a adopté, le propriétaire supérieur doit supporter seul les frais du mur au delà des 8 ou 10 pieds à partir du sol inférieur.

M. Pardessus dit même, d'après un arrêt rapporté par Denisart au mot *Mur*, n° 13, que le propriétaire du terrain le plus élevé qui a le droit d'avoir une terrasse, doit supporter tous les frais du mur qui soutient cette terrasse. Nous le croyons aussi, parce que c'est là une véritable servitude, et que, de droit commun, les frais nécessaires à l'exercice de la servitude sont à la charge du propriétaire de l'héritage dominant. (Art. 698.) Mais on peut déroger à cette règle (*Ibid.*).

(3) Du 29 septembre 1819 (Sirey, 1820, I, 166). Nous devons toutefois faire observer que la cour de cassation a depuis jugé dans le même sens, par arrêt de cassation. Comme elle n'a pas donné d'autres motifs de sa décision que ceux d'après lesquels elle a rendu la première, nous n'avons point été convaincu, et nous persévérons dans notre opinioun ; l'arrêt est du 5 mars 1828. Recueil de Dalloz, 1828, I, 164.

sur une supposition erronée que sur la vérité même, est ainsi conçu :

« Attendu que le principe établi par l'art. 656 « du Code civil est énoncé en termes généraux « et absolus, et que, par sa relation avec les « articles précédents 653 et 655, cet article « embrasse évidemment tant les villes et fau- « bourgs que les campagnes ; que *c'est dans ce « sens que la loi a été formée et présentée*, et « que rien n'indique dans la rédaction de l'ar- « ticle 663 que le législateur ait voulu apporter « une dérogation à ce qu'il venait de consacrer « par l'art. 656 du Code ; qu'ainsi l'arrêt attaqué « n'a point faussement appliqué ce dernier ar- « ticle à l'espèce, et, par suite, qu'il n'a point « violé l'art. 663; qu'il a, au contraire, saine- « ment entendu et appliqué les deux articles « dans le sens que le législateur y avait lui-même « attaché ; la cour rejette. »

Le premier motif de l'arrêt, comme on le voit, est que le principe établi par l'art. 656 du Code civil est énoncé en termes généraux et absolus, et que, par sa relation avec les articles précédents 653 et 655, cet article embrasse évidemment tant les villes et faubourgs que les campagnes.

A cela on répond avec exactitude, que l'article 653 ne s'occupe que d'établir la présomption de mitoyenneté dans les cas qu'il prévoit, ce qui n'a aucun rapport avec la question, quoiqu'il y soit parlé des villes ; que l'art. 655, dont le suivant modifie seulement l'effet, consacre uniquement le principe que les copropriétaires du mur mitoyen contribuent proportionnellement à son entretien, ce qui n'a pas davantage de rapport avec l'objet dont il s'agit.

Sur le second motif (que rien n'indique dans l'art. 663 que le législateur ait entendu déroger au principe qu'il avait consacré dans l'art. 656), on peut répondre avec beaucoup de raison que c'est moins là une dérogation qu'une disposition sur un cas particulier; que surtout ce ne serait point une dérogation dans le cas où le mur n'existerait pas encore, qu'il s'agirait seulement de le construire ; car évidemment alors l'art. 656, qui statue sur la faculté d'abandonner la mitoyenneté, qui suppose conséquemment que le mur existe, ne pouvait régir un cas dans lequel le mur n'existe pas encore ; et si l'on doit dire avec M. Toullier que la clôture n'est forcée dans les villes qu'en ce sens, qu'il faut ou se clore, ou abandonner la moitié du terrain nécessaire à la construction du mur, et la mitoyenneté, il faut aussi changer la rédaction de l'article 663, qui ne parle point de cette option, mais qui dit, au contraire, de la manière la plus absolue, sans aucune limitation ni restriction, que *chacun peut contraindre son voisin, dans les villes et faubourgs, à contribuer à la construction et réparation de la clôture*, etc.; car il ne serait pas vrai, dans ce système, qu'on pût contraindre son voisin à contribuer à cette construction ou réparation, comme on le peut cependant évidemment d'après ce texte : tout ce qu'on pourrait faire, dans le cas où la clôture n'existerait pas encore, ce serait de le forcer à abandonner quelques parcelles de terrain, s'il ne voulait pas se clore. Mais, encore une fois, ce n'est point d'un tel abandon qu'il s'agit dans cet article, c'est de l'obligation de contribuer à la *construction* et *réparation* de la clôture commune, et on en élude tout à la fois la lettre et l'esprit par une telle interprétation ; on transforme ainsi une obligation pure et simple en une obligation alternative, et l'on oublie que, bien que cette loi n'impose à l'un des voisins l'obligation de se clore qu'autant que l'autre le demande, elle est néanmoins, dans son principe et ses effets, plus encore une loi de police et de sûreté, qu'un simple règlement de voisinage. C'est ce que la cour de cassation elle-même a maintes fois reconnu.

On concevrait à la rigueur, que l'art. 656 fût applicable au cas aussi où le mur à réparer, à reconstruire même, serait dans une ville ou un faubourg, sans qu'on dût pour cela l'appliquer au cas où le mur n'existe pas encore, cas pour lequel évidemment il n'a point été fait, puisqu'il n'y a point de mitoyenneté à abandonner dès qu'il n'en existe pas. Il y aurait encore d'autres raisons de cette distinction. Dans la première hypothèse, celui qui voudrait faire l'abandon a déjà contribué aux frais de la clôture, et il abandonnerait non-seulement sa part du sol, mais encore sa part des matériaux, pour s'affranchir d'une mitoyenneté dans laquelle il trouve que les charges surpassent les avantages. Dans la seconde, il voudrait s'affranchir, par la cession d'une petite partie de terrain, d'une obligation bien autrement grave que celle qui a pour objet de contribuer à

l'entretien d'une chose commune, puisque cette obligation, imposée par la loi, est fondée sur des motifs d'intérêt public. Enfin, l'existence du mur, quoique détérioré, préviendrait, en grande partie, les inconvénients et les dangers résultant du défaut de clôture, parce que le voisin serait bien mieux disposé à le réparer, et même à le reconstruire, s'il le fallait (car du moins il a en partie les matériaux), qu'à faire seul les frais d'un mur neuf; et l'autre voisin serait bien moins porté à abandonner la mitoyenneté d'un mur déjà existant, qu'à céder une petite partie de terrain pour s'épargner la moitié des frais d'un mur nouveau dont il profiterait, pour ainsi dire, comme celui qui l'aurait construit, puisqu'il servirait aussi à le clore : d'où l'on sent que, dans un cas, le but de la loi, qui est de favoriser la clôture dans les villes, serait bien moins souvent éludé; tandis que, dans l'autre, il le serait fréquemment et au profit de celui qui déclarerait ne vouloir pas se clore, et qui considérerait ainsi son obligation comme alternative, quoique, d'après l'art. 663, elle soit pure et simple.

Mais on objecte que la loi a été présentée et formée dans le sens de l'opinion que nous combattons ; l'arrêt ci-dessus le dit positivement, du moins dans un cas où il s'agissait de la reconstruction ou réparation d'un mur mitoyen, dont l'un des copropriétaires offrait d'abandonner la mitoyenneté.

C'est par l'examen et l'analyse de la discussion élevée sur l'art. 663, au conseil d'État, que nous répondrons à cette assertion.

L'article 15 du projet de loi sur *les Servitudes* portait : « Dans les villes et communes dont la « population excède trois mille âmes, les copro- « priétaires des murs mitoyens ne peuvent pas « se dispenser de contribuer à leurs réparations « en abandonnant leur mitoyenneté. »

Cet article du projet, ni aucun autre, ne donnait point à chaque voisin, pas plus dans les villes qu'ailleurs, le droit de contraindre l'autre à la construction du mur de clôture ; il ne s'occupait que de l'entretien des murs déjà existants. Seulement l'article 22, auquel correspond l'article 663 du Code, portait que « tout mur de séparation « entre voisins, qui sera construit ou rétabli à « l'avenir, doit avoir au moins 10 pieds de hau- « teur, compris le comble, dans les villes de « cinquante mille âmes et au-dessus, et 8 pieds « dans les autres. »

C'est par suite de la discussion qui a eu lieu au conseil d'État sur cet article du projet, qu'on a senti la nécessité d'en changer la rédaction, et d'imposer, comme on l'a fait, à tout voisin, dans les villes et faubourgs, l'obligation de contribuer, sur la demande de l'autre, à la clôture commune. Dès lors on pensa que la disposition de l'article 15 devenait superflue, et on le supprima. La discussion du projet de loi démontrera encore mieux que tel a été le véritable motif de cette suppression, et non point celui indiqué par quelques-uns des partisans de l'opinion contraire.

Cette discussion, élevée, comme on vient de le dire, sur l'article 22 du projet, ou 663 du Code, roula sur la hauteur que devrait avoir le mur dans les cas qui y sont prévus, et sur le point de savoir si les usages locaux seraient observés.

M. Treilhard dit d'abord que « la loi ne fixe « la hauteur que pour le cas où l'un des pro- « priétaires voudrait se clore, et non l'autre ; « que si tous deux sont d'accord, ils peuvent « s'écarter de cette disposition, et donner au « mur l'élévation qu'il leur plaira. » Ensuite, et après quelques observations de plusieurs membres, le même orateur dit que l'on ne peut ad- « mettre d'innovations arbitraires (1) dans cette « matière, car si l'on veut décider sans avoir « des bases, l'imagination ne sait plus où s'ar- « rêter ; qu'au surplus, l'article présenté par la « section n'a excité aucune réclamation de la « part des tribunaux ; mais ils se sont élevés « contre le renvoi aux usages locaux. Ils n'y ont « vu qu'un principe de doutes et d'incertitudes. « Cependant, pour ne pas heurter les habitudes « des pays nouvellement réunis, on pourrait « laisser le gouvernement leur appliquer la dis- « position par des règlements locaux. »

M. Cambacérès répondit : « De semblables « questions doivent pouvoir être décidées promp- « tement et par des règles familières à tous » ; et il proposa d'admettre la règle générale présentée par la section, en ajoutant : *A moins que l'usage contraire ne soit constant.*

(1) Cependant le système que nous combattons en introduirait une bien grande à la coutume de Paris, sur le point en question.

C'est alors que M. Berlier fit l'observation, et M. Tronchet la réponse dont on a argumenté dans la cause jugée par la cour de cassation, et qui ont probablement déterminé la décision de la cour, comme elles avaient déterminé l'opinion de MM. Malleville et Toullier. Les voici littéralement.

M. Berlier dit : « L'article deviendrait d'une « exécution plus facile, si l'on y exprimait que « le propriétaire, interpellé de contribuer à la « clôture, peut s'en dispenser en renonçant à la « mitoyenneté, et en cédant la moitié de la place « sur laquelle le mur doit être construit : cette « option était déférée en beaucoup de pays. »

M. Tronchet répondit : « Cette modification « est exprimée dans l'art. 18 (aujourd'hui 656). »

D'abord, nous ferons remarquer que M. Berlier, qui n'avait probablement pas perdu de vue la disposition correspondante à celle de l'art. 656 du Code, ne croyait pas, comme M. Tronchet, que l'obligation de contribuer à la clôture dans les villes était remise par elle, sous la seule charge d'abandonner la mitoyenneté du mur existant, ou la moitié du sol nécessaire aux murs à construire à l'avenir, car son observation n'aurait pas eu d'objet. Les rédacteurs du projet eux-mêmes étaient bien éloignés aussi de le penser, puisque, tout en admettant en principe qu'on pourrait s'affranchir des charges de la mitoyenneté en l'abandonnant, ils avaient néanmoins présenté une disposition contraire pour les murs situés dans les villes ou communes d'une population au delà de trois mille âmes.

Il est vrai que M. Berlier n'a pas répliqué à l'observation de M. Tronchet, qui était au moins fautive pour le cas où la clôture n'existe pas encore, puisque évidemment l'art. 656 suppose un mur existant : ce n'eût été, en effet, que par simple analogie que cet orateur aurait pu appliquer cet article au cas où il n'y a pas encore de clôture. Or l'analogie est loin d'être parfaite, ainsi que nous l'avons démontré. La difficulté était, au surplus, assez grave pour mériter une explication plus étendue, et qui levât les doutes aussi bien pour un cas que pour l'autre. Mais si M. Berlier n'a pas répliqué, parce que d'ailleurs l'observation de M. Tronchet rentrait parfaitement dans le sens de sa proposition, M. Bigot-Préameneu, qui n'avait probablement pas non plus perdu de vue la disposition du projet (aujourd'hui l'art. 656), a répondu clairement, en disant que, « dans les villes d'une population un peu « nombreuse, toujours les propriétaires ont été « dans l'obligation de se clore, et cependant « que l'article ne rappelle point cette obligation. »

Il est bien évident que M. Préameneu, qui demandait qu'elle fût consacrée, comme elle l'a été en effet par la rédaction définitive, ne pensait pas non plus qu'on pourrait en éluder l'exécution par l'abandon d'une faible partie de terrain; car, encore une fois, ce n'est pas là se clore.

Enfin, M. Cambacérès disait aussi : « On doit « imposer d'abord aux propriétaires des villes « un peu considérables l'obligation de se clore ; « on ajouterait qu'ils ne pourront être forcés « d'élever le mur de séparation au delà de « 10 pieds, etc. » Et en résultat, le conseil d'État arrêta en principe, que, dans les villes un peu populeuses, les propriétaires seraient forcés de se clore. C'est dans ces termes qu'a définitivement été conçue la rédaction de l'art. 663.

Le lecteur peut maintenant juger si, comme on l'a dit, la loi a été présentée et adoptée dans le sens du système que nous combattons. Pour nous, nous croyons fermement qu'on n'a point entendu innover à la coutume de Paris, et à plusieurs autres, qui admettaient la clôture forcée, non comme une obligation alternative, mais bien comme une obligation pure et simple, attachée au droit de propriété, et résultant, dans les villes, du seul voisinage. La loi actuelle, comme la loi ancienne, statue sur différents cas, et elle veut être appliquée à chacun avec les distinctions qu'il comporte. Ce n'est d'ailleurs rien autre chose que l'application de la règle si connue : *Specialia generalibus derogant;* car l'art. 656 est la règle générale, et l'art. 663 statue sur un cas particulier.

320. Au reste, quand l'abandon de la mitoyenneté a eu lieu, si le voisin, loin de réparer le mur, le laisse tomber, ou le démolit pour disposer des matériaux, celui qui a fait l'abandon peut répéter sa moitié du sol et des matériaux, attendu qu'il ne l'avait abandonnée que sous la condition sous-entendue que le voisin réparerait le mur. C'est le cas de l'action dite en droit : *Condictio causa data, causa non secuta* (1).

(1) Pothier, *Contrat de société*, n° 221, et MM. Delvincourt et Toullier le décident de la même manière.

521. L'utilité publique a fait apporter, dans la législation française, une modification au droit de propriété, qui était généralement inconnue dans la législation romaine, où la mitoyenneté d'un mur ne résultait ordinairement que de la libre volonté des parties intéressées. Chez nous, tout propriétaire joignant un mur a la faculté de le rendre mitoyen, en tout ou en partie, en remboursant au maître du mur la moitié de sa valeur, ou la moitié de la valeur de la portion qu'il veut rendre mitoyenne, et moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti. (Art. 661.)

On a voulu par là éviter la construction de murs inutiles, la perte du terrain qu'ils auraient occasionnée, et surtout rendre les villes plus sûres et d'un aspect plus agréable.

522. Le propriétaire du mur ne pourrait alléguer, pour se dispenser de céder la mitoyenneté, que le mur existe depuis plus de trente ans; car c'était une pure faculté qu'avait le voisin de l'acquérir, et contre laquelle la prescription n'a jamais pu courir. (Art. 2232.)

Il en serait de même quoique le mur eût été précédemment mitoyen; celui qui aurait fait l'abandon de son droit pour se dispenser d'en supporter plus longtemps les charges pourrait toujours recouvrer la mitoyenneté en payant la moitié du sol et des matériaux. Il est comme celui qui n'a jamais eu de droit au mur.

523. Comme c'est une pure faculté, le propriétaire du mur ne pourraitcontraindre le voisin à en acquérir la mitoyenneté, à lui rembourser pour cela la moitié de sa valeur.

C'est incontestable dans les lieux où la clôture n'est pas forcée; mais dans ceux où elle l'est, M. Pardessus (n° 152) pense que le propriétaire du mur peut contraindre le voisin à lui payer la moitié de sa valeur actuelle dans toute la partie qui sert à la clôture commune, jusqu'à la hauteur prescrite. C'était aussi l'avis de Desgodets et de son annotateur Goupy, sur l'art. 194 de la coutume de Paris, n° 11.

M. Toullier dit, dans une note placée sous le n° 198 du IIIe volume de son ouvrage, 3e édition, qu'il ne peut se rendre à l'opinion de M. Pardessus et de Goupy, *parce qu'elle est contraire à l'article* 661, *qui permet de n'acquérir la mitoyenneté qu'en partie.*

C'est une suite de l'opinion de cet auteur sur le sens de l'art. 663; mais il est clair que l'art. 661 est aussi une disposition générale, comme celle de l'art. 656, et qu'il ne fait non plus aucun préjudice à l'application de la disposition spéciale sur la clôture forcée. Quand une loi interprétée dans un certain sens serait en opposition avec une autre loi, mais que, entendue avec une distinction qu'elle ne repousse point, qu'elle sollicite même, les deux lois se concilient parfaitement, nous avons déjà eu occasion de le dire, on ne doit pas balancer à adopter ce dernier mode d'interprétation. D'après cela, on doit donc entendre la disposition de l'article 661 de tous les cas où la portion que l'on veut rendre mitoyenne ne fait point partie d'une clôture forcée; et quand, au contraire, la clôture élevée par l'un des voisins était forcée, comme il a fait aussi l'affaire de l'autre en faisant la sienne, il a l'action de gestion d'affaires pour être indemnisée. Goupy voulait qu'il ne l'eût pas pour la moitié du terrain; mais comme cette distinction entre le terrain et les déboursés ne repose sur rien de solide, il doit l'avoir pour le tout; sauf à apprécier cette partie de terrain en conséquence, c'est-à-dire, non pas nécessairement en raison de la valeur qu'elle avait pour celui qui l'a fournie, mais en raison de ce que vaut pour le voisin la partie qu'il a été ainsi dispensé de fournir.

524. Il faut, d'après la loi, pour que la faculté d'acquérir la mitoyenneté ait lieu, que celui qui veut l'exercer joigne immédiatement le mur: d'où il suit que si, nonobstant la présomption du Code que chacun est censé avoir construit à l'extrémité de son terrain, il est prouvé que *ce mur est séparé du fonds* voisin par un espace quelconque, comme un chemin, un ruisseau, un égout, etc., le voisin n'a pas le droit d'exiger la cession de la mitoyenneté; car la loi n'oblige point de la céder sur un autre terrain que le sol sur lequel repose le mur; et sans la communauté du terrain intermédiaire, celle du mur ne pourrait ni s'exercer, ni avoir les avantages qu'elle doit procurer.

525. Mais la circonstance que le propriétaire

du mur joignant immédiatement le terrain d'autrui y aurait pratiqué les jours à fer maillé et verre dormant autorisés par les art. 676 et 677, ne serait point un obstacle à ce que le voisin pût exiger la cession de la mitoyenneté, et pût ensuite faire boucher les jours, quand bien même il ne jugerait pas à propos de bâtir contre le mur, et qu'il serait allégué et prouvé qu'ils ne lui nuisent pas dans l'état actuel des choses. La loi n'a point fait exception pour ce cas; elle porte d'une manière absolue : 1° que tout propriétaire joignant un mur a la faculté de le rendre mitoyen (art 661); 2° que l'un des voisins ne peut, sans le consentement de l'autre, pratiquer dans le mur mitoyen aucunes fenêtres ou ouvertures, en quelque manière que ce soit, même à verre dormant (art. 675). Par la même raison, une fois que ce mur est devenu mitoyen, l'un des copropriétaires ne peut, sans le consentement de l'autre, maintenir ceux qui s'y trouvent (1).

Il importerait peu que ces jours subsistassent depuis plus de trente ans; la tolérance de la loi est comme celle des particuliers, elle ne fonde ni titre, ni possession, ni prescription (2).

La prescription n'a pu courir, parce que le voisin ne pouvait empêcher l'exercice des jours dont il s'agit, et que c'était d'ailleurs une pure faculté de sa part d'acquérir ou non la mitoyenneté : or les actes de pure faculté ne fondent ni possession ni prescription (art. 2232). Le laps de trente ans n'a rien pu ajouter au droit qu'avait celui des voisins qui a pratiqué ces jours, puisque ce droit était plein et parfait dès le principe, en vertu de la seule disposition de la loi.

326. Il se présente toutefois une grave difficulté quand les jours existants depuis plus de trente ans ne sont pas de ceux autorisés par la loi, mais bien, par exemple, des fenêtres ouvrantes : le voisin qui joint immédiatement le mur dans lequel elles se trouvent peut-il se faire céder la mitoyenneté du mur, bâtir contre, et faire ainsi boucher les fenêtres?

Que l'on suppose aussi que l'un des voisins ait pratiqué, depuis plus de trente ans, dans le mur de son bâtiment, des jours semblables, que les deux fonds soient séparés par un mur mitoyen, et que le bâtiment se trouve à une distance moindre que celle qui est prescrite par la loi pour y avoir des fenêtres d'aspect ou des jours obliques donnant sur l'héritage du voisin : ce voisin pourra-t-il, nonobstant l'existence de ces fenêtres, faire exhausser le mur mitoyen, quand bien même il nuirait par là aux jours?

Dans les deux cas on convient unanimement que, si celui qui a pratiqué les jours rapporte un titre, quelle qu'en soit la date, ou s'il peut invoquer la destination du père de famille, le voisin ne peut rien faire contrairement au titre ou à cette destination; qu'il ne peut conséquemment bâtir contre le mur dans lequel sont pratiqués les jours, ni le rendre mitoyen, si ce n'est lorsqu'il le joint, et, dans ce cas, jusqu'à la hauteur des fenêtres seulement, sans pouvoir nuire d'ailleurs à l'exercice de la servitude de vue.

On dit aussi que si le titre ne s'explique pas, ce voisin doit au moins laisser 6 pieds de distance s'il s'agit de fenêtres d'aspect, et 2 pieds s'il s'agit de jours obliques. Nous reviendrons dans la suite sur ce point.

Mais s'il n'y a ni titre ni destination du père de famille, on prétend que le voisin ne peut, à la vérité, exiger purement et simplement que les fenêtres, existant depuis plus de trente ans, soient bouchées, même dans le cas où le mur dans lequel elles sont pratiquées joindrait immédiatement son fonds; mais qu'il peut bâtir tout contre ce mur, et boucher ainsi les jours, même acquérir la mitoyenneté, et user ensuite de la faculté qu'elle donne d'élever un bâtiment contre le mur, encore que de cette manière les jours dont il s'agit fussent totalement obstrués (3).

(1) *Voyez* les arrêts des 1er décembre 1813 et 5 décembre 1814 (Sirey, 1814, I, 95, et 1815, I, 49), et Dalloz, t. XXV, p. 197; l'arrêt de la cour de Bruxelles, du 30 août 1813, *Décisions notables*, tome XXIX, p. 21, de la cour de Liége, 10 juillet 1835, *Jurisp. de Belgique*, 1835, p. 331, et M. Delvincourt, t. III, p. 59.—*Voyez* en sens contraire arrêts de la cour d'appel de Bruxelles, du 31 octobre 1827 et du 23 janvier 1836, *Jurisp. de Belgique*, 1828, III, p. 128, et 1836, II, p. 230; Merlin, t. XXXVI, p. 482, § 3, et Pardessus, *Traité des servitudes*, n° 211; édition HAUMAN.

(2) Ce principe a été reconnu par arrêt de cassation, au sujet d'une prescription invoquée mal à propos dans un cas où celui qui l'invoquait n'avait fait qu'user d'un droit attribué à la propriété par un statut local, chose que le voisin ne pouvait empêcher; du 31 décembre 1810. (Sirey, 1811, I, 81.) Nous aurons, dans la suite, occasion de rapporter cet arrêt, et de le combattre sous un autre point de vue.

(3) Tel est le résultat de l'opinion qu'exprime M. Toullier, au tome III, n° 536, de son ouvrage, d'après M. Merlin,

La question s'est présentée dans la seconde hypothèse, et il a été décidé, d'abord par la cour d'Amiens, et ensuite par la cour de cassation, mais par simple arrêt de rejet (1), que le voisin pouvait, nonobstant l'existence des jours depuis plus de trente ans, exhausser le mur mitoyen, et bâtir contre, encore qu'il rendît ainsi presque inutiles ces mêmes jours.

Ces décisions, que nous croyons devoir combattre, méritent d'être analysées, à raison de l'importance de la question ; car il est un nombre infini de propriétaires qui ont un droit de vue sur le fonds d'autrui, et dont les titres sont égarés ou perdus, ce qui ne leur laisse d'autre ressource que le recours à la prescription, qui, en général, est présumée fondée sur le consentement antérieur de celui à qui on l'oppose, ou de son auteur, et qui cependant ne produirait, comme on le voit, dans ce système, que des effets pour ainsi dire insignifiants.

Dans l'espèce, le sieur Morant, propriétaire d'une maison située à Amiens, avait pratiqué depuis plus de trente ans, et même depuis plus de quarante ans, des jours obliques, mais à fenêtres ouvrantes, sur le fonds du sieur Herbet-Carpentier, son voisin.

On est convenu dans la cause que la coutume locale autorisait l'acquisition, par la prescription, du droit de maintenir ces jours.

Un mur mitoyen de 9 à 10 pieds d'élévation, et situé seulement à 6 pouces du mur de la maison dans laquelle étaient les fenêtres, séparait les deux héritages.

Ce mur fut démoli d'un commun accord ; mais, lors de sa reconstruction, Herbet-Carpentier voulut l'exhausser ; et un rapport d'experts décida que Morant avait des fenêtres à 6 pouces du mur mitoyen, et que ces fenêtres, n'étant point autorisées par la coutume, ne pouvaient exister que *jure servitutis*, et non *jure dominii*, ce qui était parfaitement vrai, selon nous.

Procès. Jugement du tribunal civil d'Amiens, qui décide, après un interlocutoire rendu pour constater quelle était la hauteur du mur avant sa démolition, que ce mur serait rétabli tel qu'il était auparavant, et fait défense à Carpentier de l'exhausser, attendu qu'il nuirait, de cette manière, aux jours acquis à Morant par la prescription.

Appel par Carpentier, et réformation du jugement par ces principaux motifs : 1° La cour reconnaît que Morant a bien *acquis*, il est vrai, *par une possession de plus de trente ans, le droit de conserver ses fenêtres à la distance où elles se trouvent du mur mitoyen ;* que Carpentier n'a plus celui de forcer Morant à les reculer ou à les boucher ; mais, 2° que ce dernier n'a pas pour cela acquis sur Carpentier la servitude rigoureuse *de non altiùs tollendo*, à l'effet de pouvoir l'empêcher d'élever le mur mitoyen, contrairement à la disposition générale de l'art. 658 (2), surtout si celui-ci le fait, comme il le déclare, pour bâtir contre ce mur ; 3° que les lois romaines et les anciennes coutumes mettaient une grande différence entre ces deux sortes de servitudes, etc.

Pourvoi en cassation de la part de Morant, mais que M. Merlin parvint à faire rejeter par des motifs qui, nous l'avouerons, ne nous ont point persuadé (3), quoiqu'ils aient servi généralement de base au système que nous combattons, et qui a été suivi par plusieurs jurisconsultes, aux lumières desquels nous nous plairons toujours à rendre justice, tout en n'adoptant pas quelquefois leur sentiment.

M. Merlin est parti de ce point, que le droit naturel donne à un propriétaire la faculté de faire sur son fonds tout ce que bon lui semble, pourvu qu'il ne fasse rien sur celui du voisin ; que, notamment, le maître d'un bâtiment, joignant même immédiatement l'héritage d'autrui, peut, d'après ce droit, y pratiquer des jours libres comme il l'entend.

dont il reproduit presque littéralement la doctrine sur ce point.

Il faut bien tomber d'accord, en effet, que si le voisin peut bâtir joignant le mur et obstruer ainsi les jours, il n'y a plus de raison pour lui refuser le droit d'acquérir la mitoyenneté ; mais cette conséquence, qui rendrait absolument illusoire la prescription acquise, démontrerait seule le vice de ce système, que nous allons combattre.

(1) Du 10 janvier 1810. (Sirey. 1810, I, 176.) La cour d'Angers a aussi jugé dans le même sens, et par les mêmes motifs, le 12 avril 1826 (Sirey, 1827, II, 14), mais en reconnaissant néanmoins que la prescription aurait eu le même effet qu'un titre constitutif de servitude, si la possession trentenaire avait eu lieu depuis une contradiction opposée par le possesseur.

Voyez dans le même sens l'arrêt de la cour d'appel de Gand du 29 mars 1839, *Jurisp. de Belgique*, 1839, II, p. 167.

(2) Code de Hollande, art. 683.

(3) *Voyez* le Supplément aux *Questions de Droit*, au mot *Servitudes*.

A la vérité, continue M. Merlin, les lois ont restreint cette faculté ; mais en cela elles ont établi une servitude passive, une servitude négative sur chaque fonds, au profit de ceux qui l'entourent, servitude dont on s'affranchit par la prescription, en faisant des actes contraires, mais sans acquérir pour cela une servitude affirmative sur le fonds du voisin, attendu que c'est une maxime certaine que l'on ne prescrit que ce que l'on a possédé, ce dont on a joui : *Quantùm possessum, tantùm præscriptum ;* et que, puisqu'il serait absurde qu'un débiteur affranchi de sa dette par la prescription, pût prétendre avoir acquis par là une créance sur son créancier, de même il serait contraire aux principes de dire que celui qui est maintenant libéré de la servitude légale qui grevait son fonds, a acquis une servitude sur celui du voisin, à l'effet de pouvoir empêcher ce dernier de bâtir sur son terrain ; enfin, que de ce que ce dernier n'a point bâti joignant le mur, il n'en faut rien conclure contre lui, puisqu'il n'a fait en cela qu'user d'une pure faculté, et que les actes de pure faculté, suivant la doctrine de Dumoulin (1), que rapporte en cet endroit M. Merlin, ne fondent ni possession ni prescription, comme nous l'avons nous-même dit bien souvent.

Ainsi, ce savant jurisconsulte n'a vu dans l'existence des jours pendant trente ans, que la libération d'une servitude légale, d'une servitude négative, et la restitution du fonds à son état de liberté naturelle ; et il donnait en preuve de la justesse de sa théorie la place qu'occupent les art. 676, 677, 678 et 679, qui se trouvent, en effet, sous la rubrique *des Servitudes établies par la loi.*

Il citait aussi à l'appui de son système ce que disait M. l'avocat général Chauvelin à l'audience du parlement de Paris, du 6 février 1710 ; mais comme il s'agissait dans cette cause d'une fenêtre élevée à 13 pieds du sol qu'elle éclairait, et que la coutume du lieu autorisait ; d'un jour, en un mot, pratiqué *jure dominii*, et non *jure servitutis*, M. Merlin, à qui cette différence énorme ne pouvait échapper, s'efforce de répondre à l'objection qu'on en pouvait tirer contre la justesse de sa citation, en disant que le sieur Morant aussi « avait pratiqué ses fenêtres *jure proprietatis ;* « qu'il n'avait pu les ouvrir *jure servitutis*, puis- « que, en se libérant par la prescription d'une « servitude passive, il n'avait point acquis de « servitude active sur le fonds du voisin. »

Il est bien évident que M. Merlin s'est fait illusion sur ce point ; car lorsque Morant a établi les jours dont il s'agit, son fonds, pour nous servir des expressions de ce jurisconsulte, n'était point encore libéré de la servitude négative qui le grevait ; il ne l'a été qu'au bout de trente ans ; conséquemment, lorsqu'il a établi les fenêtres, il ne le faisait pas *jure dominii*, puisqu'alors la loi le lui défendait ; il ne pouvait, en effet, les établir que par l'effet d'une concession du voisin. Le cas dans lequel il s'est trouvé est donc bien différent de celui sur lequel M. Chauvelin a porté la parole, et il n'y avait dès lors aucun argument à tirer de la doctrine exposée par ce magistrat. Nous tombons nous-même d'accord que, quand il ne s'agit que de jours autorisés par la loi, ils ne font jamais obstacle à ce que le voisin acquière la mitoyenneté du mur, et les fasse ensuite boucher.

M. Merlin, et, après lui, M. Toullier, ne nous paraît pas plus heureux dans la citation qu'il fait de l'art. 9 de la coutume du Nivernais, au titre *des Servitudes réelles*, et qui était ainsi conçu : « Si en mur propre et non commun est fait vue « ouverte ou fenêtre au préjudice de son voisin, « icelui voisin y peut pourvoir par bâtiment fait « au contraire, ou par autre voie de droit, sinon « qu'il y eût titre au contraire *ou possession après « contradiction, en laquelle le contredisant fût « demeuré paisiblement pendant trente ans.* »

Car il résulte de ce texte tout le contraire de ce que veut prouver M. Merlin ; il résulte, disons-nous, que la servitude de vue pouvait s'acquérir par prescription, non pas seulement à l'effet de libérer le fonds de la prétendue servitude négative, qui consistait à n'avoir pas des jours à telle ou telle distance du voisin, mais bien à l'effet aussi d'empêcher que ce dernier ne pût rien faire qui rendît les jours inutiles, soit *en bâtissant contre le mur*, soit en agissant par *autres voies de droit ;* et c'était évidemment l'acquisition d'une servitude active, comme dans les cas ordinaires. La prescription ne commençait, il est vrai, à courir que du jour où il y avait eu contradiction de la part du voisin ; mais qu'est-ce que cela fait

(1) *Voyez supra*, n° 158.

à la question en l'agitant en principe? Car la prescription n'en courait pas moins à partir de cette époque, et avec toutes les conséquences attachées à une servitude constituée par titre. Cette disposition particulière, relative au point de départ de la prescription, et qu'on ne retrouvait pas dans les autres coutumes, ne saurait être d'ailleurs citée comme le droit commun, et surtout comme preuve que la prescription n'opérait que la libération du fonds de celui qui pouvait l'invoquer, puisque, au contraire, elle opérait l'*acquisition* d'une servitude véritable sur le fonds du voisin. Dans d'autres pays, ceux dans lesquels les servitudes s'acquéraient par prescription comme par titre, la prescription commençait à courir du jour de l'établissement des ouvertures non autorisées par la loi, parce qu'on supposait avec raison que le voisin qui les souffrait avait donné son consentement à ce qu'elles fussent pratiquées; et son silence pendant trente ans, quand d'ailleurs la possession réunissait tous les caractères exigés par la loi, et que le cours de la prescription n'avait point été suspendu ou interrompu pour minorité ou autre cause, transformait cette supposition en présomption légale, qui équipollait à une constitution de servitude par titre. Le Code a confirmé les anciens principes à cet égard. Il admet l'acquisition, par le moyen de la possession de trente ans, des servitudes continues et apparentes (art. 690), et il range au nombre des servitudes de cette espèce celles de vue (art. 688-689) : il ne fait aucune exception, et cependant, en réalité, cette servitude, dans le système contraire, s'évanouirait totalement quand le mur où seraient pratiquées les fenêtres joindrait le fonds du voisin, puisque celui-ci pourrait acquérir la mitoyenneté et les faire boucher, contre le vœu bien formel de l'article 701. Ainsi, dans ce système, l'on est forcé de dire, nonobstant la généralité des termes de cet article 690, que la servitude de vue, quoique continue et apparente de sa nature, ne s'établit pas par la prescription, ou du moins que si elle s'établit de cette manière comme par titre, celui qui en est grevé peut arbitrairement la rendre vaine et illusoire, tandis qu'il ne le pourrait pas s'il y avait titre. On crée de la sorte une différence énorme entre deux modes d'acquisition que la loi, à l'égard de ces sortes de servitude, a mis sur la même ligne; et cela, par une véritable confusion des principes, par la supposition erronée, comme on va le voir, que la servitude de vue ne peut pas s'acquérir, si l'on n'acquiert pas aussi celle *non altiùs tollendi*, d'où l'on conclut, mal à propos, qu'il y a lieu d'appliquer à ce cas la règle : *Quantùm possessum, tantùm præscriptum.*

Mais c'est surtout en ne voyant dans l'existence des jours depuis plus de trente ans que la libération d'une servitude légale, et la restitution du fonds à son état de liberté naturelle, que la doctrine de M. Merlin nous paraît plus spécieuse que solide, quoiqu'elle ait été, nous en conviendrons, enseignée par d'autres bien avant lui.

Sans doute, le droit de propriété consiste principalement dans la faculté de faire de sa chose l'usage que l'on croit devoir en faire; à l'égard d'un fonds en particulier, il consiste dans la faculté de faire sur ce fonds toute espèce de construction, même quand elle incommoderait le voisin, pourvu que l'on ne mette ou que l'on ne jette rien chez celui-ci : *Unumquemque in suo quidvis facere posse, vel cum incommodo alterius, modo in alienum nihil immittat* (1). Mais la loi, qui n'est que l'interprète de la raison, et l'expression des intérêts et des besoins de tous, a limité l'exercice du droit de propriété dans plusieurs cas, ou, pour mieux dire, a réglé cet exercice. Elle a songé que ce que pourrait faire l'un, l'autre le pourrait faire avec la même justice, et qu'il en résulterait de graves inconvénients pour tous; elle a donc établi diverses dispositions, suivant la diversité des lieux. A Athènes, comme nous l'avons dit, la loi de Solon prescrivait à tout propriétaire de fonds de laisser un certain espace entre les travaux ou les plantations qu'il y voulait faire et le voisin; et dans l'empire romain, l'empereur Zénon était allé plus loin encore : par sa constitution, qui est la loi 12, au Code *de Ædificiis privatis*, il avait décidé qu'il y aurait, entre deux bâtiments appartenant à différents maîtres, un espace de douze pieds, sur lequel ni l'un ni l'autre ne pourrait rien établir, rien édifier.

Que conclure de tout cela? On doit en conclure que l'équité ne permet pas toujours au propriétaire d'un fonds d'y faire ce que bon lui sem-

(1) Vinnius, d'après la L. 8, § 5, ff. *si Servit. vindic.*; L. 9, ff. *de Servit. præd. rust.*; L. 8, Cod. *de Servit. et aquâ.*

ble (1), même en ne mettant rien dans celui du voisin; que cette liberté naturelle des fonds, entendue dans un sens aussi absolu, n'a jamais existé dans l'état de société; conséquemment, qu'un fonds affranchi de ce qu'on appelle *servitude légale*, ne redevient pas libre, mais acquiert bien plutôt une servitude active sur le fonds voisin, qui n'a plus lui-même la franchise dont il jouissait auparavant, puisqu'il est maintenant obligé de souffrir ce qu'il aurait pu empêcher sans cela; qu'il le souffre à son détriment, et pour l'utilité de l'autre fonds, ce qui est bien le caractère des véritables servitudes : il est sorti du droit commun.

Par exemple, à l'égard des vues, il est bien certain que si le voisin avait la faculté de pratiquer des fenêtres ouvrantes dans son mur, qui joint immédiatement mon fonds, il aurait de cette manière toute liberté pour voir ce qui se passerait chez moi, qu'il dominerait sur mon terrain en se penchant hors de sa fenêtre (2), et qu'il pourrait y jeter différentes choses nuisibles, sans qu'il me fût toujours possible d'en faire la preuve : or il nuirait ainsi à l'exercice de mon droit de propriété, et voilà pourquoi la loi a réglé l'exercice du sien, sans qu'on puisse toutefois en conclure qu'elle l'ait grevé d'une servitude au profit de mon fonds. La servitude de vue, *luminum*, doit s'entendre du droit d'avoir des ouvertures donnant sur le terrain d'autrui pour recevoir la lumière, et que le voisin ne peut obstruer. C'est la définition qu'en donne le jurisconsulte Paul dans la loi 4, ff. *de Servitut. præd. urbanorum: Luminum servitute constituta, id acquisitum videtur ut vicinus lumina nostra accipiat* (3) : or il ne recevrait pas ces jours s'il pouvait arbitrairement les obstruer, si l'on n'avait pas contre lui, en cas de contravention, une action pour le contraindre à en souffrir le maintien.

Qu'importe, après cela, que les articles 676 et suivants soient placés sous la rubrique *des Servitudes légales?* Ceux qui règlent les effets de la mitoyenneté y sont bien également placés, et cependant ils n'ont que peu ou point de rapport avec la matière des servitudes, mais bien avec celle de la société en communauté.

Au surplus, quoique les conclusions de M. Merlin aient été adoptées, par le rejet du pourvoi, il nous semble néanmoins, d'après les termes mêmes de l'arrêt, qu'on n'a pas entendu consacrer en tout point sa doctrine, et même que la cour de cassation a évité de s'exprimer positivement sur le véritable point de la difficulté, considérant l'arrêt de la cour d'Amiens plutôt comme ayant jugé en fait qu'en droit. C'est ce qu'on va voir assez clairement.

« Attendu, sur le premier moyen, que la « cour d'appel, en jugeant que Morant, demandeur en cassation, avait acquis, par une possession de plus de trente ans, la servitude de « fenêtres à vue oblique sur l'héritage de Carpentier, à une distance moindre que celle qui se « trouvait fixée par la loi, *a déclaré en même* « *temps qu'il n'avait pas eu cette possession relativement à la servitude* DE NON ALTIUS TOLLENDO; d'où il suit que, d'après la règle : *Tantùm* « *præscriptum*, *quantùm possessum*, cette cour « d'appel n'a point violé l'article 165 de la « coutume d'Amiens, lorsque, en maintenant « par l'arrêt attaqué la servitude de fenêtre « oblique, et en écartant celle *de non altiùs tollendo*, elle a autorisé Carpentier à continuer « l'exhaussement du mur mitoyen, à la charge de « payer la dépense de cet exhaussement, et de « remplir les autres conditions prescrites par « l'article 658 du Code civil;—Attendu, sur le « second moyen que dès que la prescription pour « la servitude DE NON ALTIUS TOLLENDO *était déclarée non acquise*, le propriétaire du mur « mitoyen pouvait être autorisé à exhausser ce « mur, sans qu'il y eût violation de l'article 665, « ni de l'article 701 du Code civil; la disposition

(1) La L. 9, ff. *de Præd. urban.*, qui porte : *Cum eo qui tollendo obscurat ædes vicini, nulla competit actio*, n'est pas contraire; car, 1° cette loi ne statue pas dans l'hypothèse d'une servitude de vue déjà établie : sa disposition n'est qu'un principe; et 2° nous convenons sans peine que, même dans le cas d'une servitude de vue, il n'y a pas prohibition absolue de bâtir. Cette loi, que l'on cite dans le système opposé, ne combat donc nullement notre sentiment. On va le voir encore par la citation de deux textes formels qui termineront cette discussion.

(2) *Qui fenestram in pariete suo ponit, aliquid immittit in alienum : quod non licet citra constitutionem servitutis : immittit enim saltem oculos.* Duaren, *Disput.* 33.

(3) Preuve, comme nous venons de le dire, que la L. 9, ff. *de Præd. urb.* ne suppose pas une servitude acquise : or les servitudes s'acquéraient aussi, en thèse générale, par prescription, dont la durée a varié, il est vrai, mais ce qui ne fait rien quant au principe.

« du premier de ces deux articles n'étant applicable que lorsque la *prescription est acquise,* « et celle du second supposant que le propriétaire, qui fait sur son fonds un changement « quelconque, *est débiteur de la servitude :*

« La cour rejette la demande de Louis Morant contre l'arrêt rendu entre lui et Herbet-Carpentier, par la cour d'Amiens, le 16 février 1809. »

Ainsi, visiblement, cet arrêt de rejet ne décide point la question. Il est principalement fondé sur ce que la cour d'appel avait *déclaré* que Morant n'avait pas acquis la servitude *altius non tollendi* sur le fonds d'Herbet-Carpentier. Vraiment non, il ne l'avait point acquise; mais faut-il avoir acquis cette servitude pour pouvoir avoir celle de vue, *luminum?* Nullement. Ces deux espèces de servitudes sont bien différentes dans leur étendue, et même dans leur objet: la cour d'appel elle-même l'a reconnu. La servitude *altius non tollendi* empêche celui qui en est grevé de bâtir sur son fonds dans l'étendue déterminée par le titre, ou de bâtir au delà de la hauteur convenue; et si le titre ne s'explique pas, c'est sur tout le fonds que s'exerce la servitude; tandis que celle de vue, *luminum,* laisse à celui qui en est grevé la faculté de bâtir sur son fonds, ou d'élever ses bâtiments hors de l'étendue ou du point déterminés par le titre; et si le titre ne s'explique pas, il peut bâtir partout, pourvu qu'il laisse un espace suffisant pour que les jours ne soient point obstrués. Quant à cet espace, on décidait dans notre ancienne jurisprudence que le voisin devait laisser entre le mur qu'il voulait élever et celui dans lequel étaient les jours, 6 pieds ou 2 pieds selon qu'il s'agissait de fenêtres d'aspect ou de jours obliques (1). On pourrait encore suivre la même règle par une espèce de conséquence des articles 676 et 677. Mais toujours est-il qu'il n'était pas exact de dire, comme l'a fait la cour d'Amiens, que Morant ne pouvait empêcher Carpentier d'élever le mur, parce qu'il n'avait pas acquis sur lui la servitude *de non altius tollendo;* car il ne s'ensuivait pas qu'il n'eût pas celle de vue, *luminum,* qui a aussi ses effets indépendants de ceux de cette autre servitude. D'ailleurs, la cour reconnaissait elle-même, et la cour de cassation après elle, contre la théorie de MM. Merlin et Toullier, que Morant avait *acquis* la servitude de fenêtres obliques, ce qui n'était pas simplement une prescription à l'effet de libérer son fonds de la servitude légale négative, suivant l'opinion de ces auteurs, mais bien une prescription à l'effet d'acquérir.

D'après tous ces motifs, nous pensons que la servitude acquise par prescription doit avoir, en général, le même effet que celle qui est justifiée par titre, attendu que personne n'est présumé négliger la conservation de ses droits, d'où la conséquence est que la prescription fait supposer un consentement ancien entre les parties, dont la preuve aujourd'hui ne peut être rapportée; et que la maxime *Tantùm præscriptum, quantùm possessum*, ne s'oppose point au maintien des jours avec effet réel, puisque celui qui les a pratiqués a possédé (autant qu'on peut posséder en matière de servitude) tout ce qui était nécessaire à l'exercice du droit. Le voisin pouvait exiger une reconnaissance que ce n'était que par pure tolérance de sa part s'il laissait subsister les jours en cet état; et cette reconnaissance attestant une possession précaire de la part de l'autre, la prescription devenait impossible. S'il ne l'a pas exigée, c'est qu'apparemment il ne le pouvait pas, c'est qu'il avait consenti la servitude de vue avec ses conséquences; et on doit croire alors que la possession est moins le moyen d'acquérir le droit que de le conserver.

Tel était l'esprit des lois romaines, dont on a mal à propos invoqué l'autorité dans le système que nous combattons.

La loi 11, ff. *de Servit. præd. urban.*, maintient, en effet le droit de vue acquis tacitement par l'usage, c'est-à-dire par suite de la disposition des lieux pendant le temps requis par la prescription : *Qui luminibus vicinorum officere aliudve quid facere contra commodum eorum vellet, sciat se formam ac statum antiquorum ædificiorum custodire debere.*

La loi 1 au Code *de Servit. et aquâ*, est encore plus formelle, s'il est possible. L'empereur Antonin, auteur de ce rescrit, déclare positivement que la jouissance des jours pendant le temps requis pour la prescription est assimilée à la constitution d'une servitude par titre ; et en

(1) Desgodets, sur l'art. 208 de la coutume de Paris, rapporte deux arrêts rendus au parlement de Paris, qui ont jugé en ce sens.

conséquence, *Is qui judex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet, modo si is qui pulsatur, nec vi, nec precario possidet.*

Il est bien clair, d'après cela, que le voisin ne pouvait bâtir contre le mur de manière à obstruer les jours; mais l'autre n'avait pas pour cela acquis la servitude *altiùs non tollendi*, infiniment plus étendue, du moins en général, que celle *luminum*. Il n'y prétendait pas; seulement il voulait que ses fenêtres ne fussent pas obstruées par des constructions trop rapprochées de son mur. Il n'avait pas non plus à se défendre de céder la mitoyenneté; car cette cession forcée n'avait pas lieu, par plus d'une raison, dans les principes de cette législation. Enfin, il est bien évident aussi que ce n'étaient pas des jours pratiqués *more solito,* car, dans ce cas, il n'y aurait pas eu d'acquisition, par la prescription, du droit de les conserver dans leur état, puisque ce droit serait résulté du seul statut local.

Pothier (1) et Vinnius (2) entendent, au surplus, cette loi comme nous; et ils décident en conséquence que la servitude dont il s'agit peut s'acquérir par une jouissance paisible et non précaire; ils pensent même que c'est une jouissance de dix années seulement (3). Mais ce n'est pas sur ce point que s'élève la difficulté. Nous tombons d'accord, que, dans le droit du Code, elle devrait être de trente ans, sans préjudice encore des suspensions et interruptions de prescription telles que de droit.

527. De ce que le voisin qui joint le mur peut, en principe, en acquérir la mitoyenneté pour partie comme pour le tout, il s'ensuit qu'il peut la réclamer dans toute l'étendue de son fonds, ou seulement dans une partie, à l'une, ou même aux deux extrémités du mur, comme au milieu; dans toute son élévation, ou seulement jusqu'à telle hauteur. Mais, quelle que soit la partie dont il veut se faire céder la mitoyenneté, elle doit être acquise à partir des fondements, parce que le propriétaire du mur ne peut être forcé d'en supporter une partie qui ne lui appartiendrait pas en propre. C'est pour cela que, dans toutes les hypothèses, l'art. 661 veut que la moitié du sol soit payée.

Cependant on convient généralement (4) que si le propriétaire du mur avait construit auprès, des caves ou une fosse d'aisances, qui eussent exigé des fondements plus épais et plus profonds que ceux qui seraient nécessaires pour soutenir le mur relativement à l'usage auquel le voisin veut l'employer; on convient, disons-nous, que ce dernier ne devrait indemnité, quant aux fondements, que pour la moitié de la partie qui serait nécessaire au soutien du mur pour cet emploi; sauf, s'il voulait lui-même ensuite construire une cave, une fosse ou un bâtiment auprès de ce mur, à fournir un supplément de prix pour la partie des fondements devenue nécessaire à cette nouvelle construction.

528. Lorsque la mitoyenneté n'est pas cédée à l'amiable, celui qui la réclame doit faire signifier une sommation de cession avec offre d'un prix suffisant. Si, dans ce cas, le propriétaire du mur ne veut pas faire la cession, le voisin est bien forcé, il est vrai, de former une demande en justice, mais les frais de l'expertise qui sera ordonnée, ainsi que ceux de la demande, doivent être à la charge de ce propriétaire, si l'offre est jugée suffisante, conformément à la règle générale que toute partie qui succombe doit supporter les dépens (5). (Article 130, Code de procéd.)

Que si, au lieu d'offrir une somme, le voisin demande simplement à acquérir la mitoyenneté suivant la valeur à dire d'experts, il doit supporter les frais de l'expertise, parce qu'il n'en est pas de ce cas comme de celui du bornage, où l'opération a lieu dans l'intérêt des deux parties; ici elle n'a lieu que dans l'intérêt de celui qui ré-

(1) *Ad* Pandectas, tit. *de Servit.*, n° 24.

(2) Sur le titre *de Servit.*, § 4, Inst.

(3) Pothier dit en note à cet endroit, en expliquant la loi 10, ff. *si Servitus vindicetur. Scilicet per decem annos; quod tempus est longæ possessionis. Hoc enim tempore eum qui sciente domino prædii utitur, citra titulum ullum, servitutem acquirere recte censent Vinnius et plerique interpretes; quamvis nonnulli dissentiant.*

(4) Pothier, *Contrat de Société*, n° 250; Desgodets, sur l'article 194 de la coutume de Paris, n° 17.

(5) C'est aussi l'avis de M. Favard, qui tire argument des art. 524 et 525 du même Code. On peut également tirer argument de l'article 1716 du Code civil, qui met évidemment les frais de l'expertise à la charge du propriétaire lorsque le prix déclaré par le locataire n'est point inférieur à l'estimation des experts, puisque c'est dans le cas contraire qu'ils restent à la charge du locataire.

clame la mitoyenneté, et le propriétaire du mur doit être rendu parfaitement indemne : or il ne le serait pas, s'il était obligé de supporter une partie des frais. Si nous décidons le contraire dans le premier cas, c'est parce que c'est sa faute d'avoir, par son refus mal fondé, donné lieu au procès et aux frais de l'expertise.

329. Il convient de voir maintenant quels sont les actes que la mitoyenneté permet à chacun des copropriétaires, et ceux qu'elle leur interdit.

Tout copropriétaire peut faire bâtir contre un mur mitoyen, et y faire placer des poutres ou solives dans toute l'épaisseur du mur, à 54 millimètres (deux pouces) près, sans préjudice du droit qu'a le voisin de faire réduire à l'ébauchoir la poutre ou les solives jusqu'à la moitié du mur, dans le cas où il voudrait lui-même asseoir des poutres ou solives dans le même lieu, ou y adosser une cheminée. (Art 657) (1).

Celui qui veut adosser au mur une cheminée, âtre, forge, four ou fourneau, est toutefois obligé de faire le contre-mur que prescrivait la coutume de Paris (article 189), et que prescrit également le Code, soit que le mur soit mitoyen ou non. (Art. 674) (2).

Puisque tout copropriétaire d'un mur mitoyen peut faire bâtir contre, il peut non-seulement y adosser une maison pour l'habitation, mais encore une grange, un hangar, un cuvage, etc. ; il peut, à plus forte raison, y appliquer un treillis d'espalier, y faire des peintures, y placer un cadran solaire.

Mais le voisin d'un mur non mitoyen ne peut rien appliquer contre, à clous ou autrement : ainsi il n'a pas le droit d'y clouer même un treillis pour soutenir un espalier.

330. Le copropriétaire d'un mur mitoyen peut le faire exhausser comme bon lui semble, pourvu qu'il ne le fasse pas d'une manière dangereuse, ou par pure malice, par exemple, pour priver le voisin d'une vue ou d'un aspect, sans vouloir lui-même faire servir le surhaussement au soutien d'un bâtiment, ou à tout autre objet utile : *Malitiis non est indulgendum.*

Celui qui fait exhausser le mur doit payer seul la dépense de l'exhaussement, les réparations d'entretien au-dessus de la hauteur de la clôture commune, et en outre l'indemnité de la charge, en raison de l'exhaussement et suivant la valeur. (Art. 658.)

Et si le mur n'est point en état de supporter l'exhaussement, celui qui veut l'exhausser doit le faire reconstruire en entier à ses frais, et l'excédant d'épaisseur doit se prendre de son côté (art. 659) (3). Alors, il n'a pas de surcharge à payer, comme dans le cas où il n'a pas fait reconstruire le mur et fourni un excédant d'épaisseur de son côté. C'était l'avis de Pothier, et la combinaison des art. 658 et 659 ne permet pas de douter qu'on n'ait voulu l'adopter, puisque l'un de ces articles consacre l'obligation de payer la surcharge, et que l'autre n'en parle pas.

Il faut remarquer que le mur n'en sera pas moins mitoyen dans toute son épaisseur, quoique celui qui l'a fait reconstruire ait pris sur son sol pour cette reconstruction : c'était la condition attachée à la faculté que lui donnait la loi.

331. Si le mur sert à un bâtiment appartenant à l'autre copropriétaire, comme il peut y avoir nécessité de déplacer la partie du toit qui le couvre, afin de faire l'exhaussement, le voisin est obligé de souffrir ce déplacement, quand même il s'étendrait quelque peu au delà du mur, de son côté ; sauf à l'autre à rétablir à ses frais, et dans un délai raisonnable, le bâtiment du voisin en parfait état de couverture dans cette partie. Et s'il a fallu étayer ce bâtiment, celui-ci doit être également affranchi de tous frais faits pour cela.

Il aurait également le droit d'exiger le rétablissement des treillages, berceaux, pavillons, cheminées et autres objets qui étaient adossés au mur, et qu'on a été obligé de détruire ou de détériorer pour reconstruire le mur afin de l'exhausser, ou même simplement pour opérer cet exhaussement (4) ; car il ne doit pas souffrir d'une opération faite uniquement dans l'intérêt de son copropriétaire. Lui aussi avait le droit d'adosser au mur les objets dont il s'agit, et le fait du copropriétaire ne doit point lui nuire (5).

(1) Code de Hollande, art. 684.
(2) Ibid., art. 703.
(3) Ibid., art. 685, § 2.

(4) Desgodets, sur l'art. 196 de la coutume de Paris, n° 5 ; M. Toullier, n° 208.
(5) M. Toullier, qui décide, comme nous, que les ber-

Il en serait autrement si la reconstruction avait lieu dans un intérêt commun : chacun rétablirait à ses dépens les objets qu'il avait adossés au mur.

Il ne serait point dû non plus d'indemnité au voisin pour les embarras et la gêne momentanée que pourrait lui causer l'exhaussement, quoique fait par l'autre dans son seul intérêt : c'est une charge de la communauté, une servitude légale ; pourvu que le tout eût lieu sans malice ni négligence.

Pothier (n° 215) va plus loin encore : il décide, avec Desgodets, et contre le sentiment de Goupy, que si le voisin est un paumier, qui tient de son côté, contre le mur mitoyen, son jeu de paume, celui qui fait reconstruire le mur ne lui doit point d'indemnité pour le temps pendant lequel ce jeu de paume n'a pu lui servir. Par la même raison, il n'en serait point dû, dans le cas de l'exhaussement du mur, si le voisin tenait chez lui un billard dont il n'aurait pu faire usage pendant le temps nécessaire à l'opération. « La loi, dit « Pothier, me donnant le pouvoir de reconstruire « le mur commun, pour l'exhausser, ne m'oblige « qu'à payer les frais de cette reconstruction et « de cet exhaussement, et on ne peut pas m'o- « bliger à autre chose ; l'état de maître paumier « qu'a le voisin ne peut pas me rendre plus oné- « reux mon droit de communauté au mur. La « privation du profit de son jeu de paume, qu'il « souffre pendant le temps nécessaire, n'est « point un tort que je lui cause ; car ce n'est pas « faire tort à quelqu'un que d'user de son droit. » Ainsi Pothier n'admettait aucune indemnité pour les profits cessants.

M. Toullier est aussi de cet avis, mais il dit que le temps nécessaire pour faire les ouvrages, et qu'il serait prudent de faire déterminer par experts quant ils ne sont point entrepris du consentement du voisin, ne devrait, par argument de l'art. 1724 (1), point excéder quarante jours, et qu'après ce délai il serait dû indemnité, attendu qu'il serait d'une injustice frappante que le voisin pût être forcé d'indemniser lui-même ses locataires, sans pouvoir cependant recevoir d'indemnité.

M. Toullier n'a pas assez remarqué la différence qu'il y a entre l'un et l'autre cas. Quand le locataire réclame une indemnité pour privation de jouissance pendant plus de quarante jours, c'est parce que le locateur ne remplit pas à son égard ses obligations personnelles ; qui sont de le faire jouir de la chose : il réclamerait *sine causa* le prix de la location pour ce temps de non-jouissance. Au lieu que, dans le cas de mitoyenneté, le voisin est obligé par la loi, et par l'effet de la communauté, à souffrir la reconstruction et l'exhaussement du mur ; et l'indemnité qu'il réclamerait ne serait fondée sur aucune cause, tant que le délai nécessaire à l'opération ne serait point écoulé. Or la loi n'en ayant point déterminé, ce n'est plus qu'une question de fait. Le sentiment de Goupy, qui pensait que, dans tous les cas où les changements n'étaient opérés par l'un des copropriétaires que dans sont intérêt particulier, le tort qu'ils causaient à l'autre devait être réparé, était peut-être plus conforme à l'équité ; mais il est bien certain qu'il n'était pas aussi parfaitement en harmonie avec les principes, que celui de Desgodets et de Pothier, et qu'il n'a point été adopté par le Code, puisque le Code n'oblige celui qui fait les changements autorisés qu'à supporter seul les frais faits *propter rem ipsam*, et non à indemniser le voisin pour la privation de jouissance de

ceaux, etc., adossés au mur doivent être rétablis, pense le contraire à l'égard des peintures et autres ornements que le voisin avait placés contre le mur, par la raison, dit-il, qu'il n'y a pas lieu à indemnité quand le dommage n'a été occasionné que par l'exercice d'une faculté légale, dont le voisin a dû prévoir les conséquences. Il n'est pas besoin de démontrer que ce raisonnement s'appliquerait tout aussi bien aux berceaux, treillages et cheminées adossés au mur, qu'aux peintures et aux sculptures. Mais pour ces derniers objets, M. Toullier s'appuie de l'autorité de Domat, qui dit en effet, liv. I, tit. XII, sect. 4, n° 4, et liv. II, tit. VIII, sect. 3, n° 5, qu'il n'y a lieu, pour les peintures et sculptures, ni au rétablissement ni à l'indemnité : Domat cite à cet égard la L. 13, § 1, ff. *de Servit. præd. urban.*, qui dit précisément le contraire, en modérant toutefois l'indemnité sur le pied de la valeur des peintures ordinaires : *Parietem communem incrustare licet, secundum Capitonis sententiam; sicut licet mihi pretiosissimas picturas habere in pariete communi. Cæterum si demolitus sit vicinus, et ex stipulatu damni infecti agatur, non pluris quam vulgaria tectoria æstimari debent; quod observari et incrustatione oportet.*

M. Toullier entend cette loi d'une démolition faite par la faute du copropriétaire ; mais il convient du moins que, d'après ce texte, il y a lieu à indemnité : seulement qu'on ne doit pas faire une estimation exacte du dommage. C'est, en effet, le sens de la loi ; et il y avait lieu aussi à indemnité, encore que le copropriétaire n'eût démoli le mur que pour mieux le reconstruire, ou pour pouvoir l'exhausser. C'est donc à tort que Domat le cite à l'appui de sa décision, quoique nous l'adoptions d'ailleurs en principe.

(1) Code de Hollande, art. 1591.

certaines parties de son bâtiment pendant le temps nécessaire à l'opération.

Néanmoins on a jugé à Paris (1), dans un cas où le copropriétaire avait des cheminées adossées au mur mitoyen, que celui qui avait fait l'exhaussement devait aussi exhausser à ses frais ces cheminées, qui ne rendaient plus la fumée comme auparavant. On s'est fondé sur la règle générale, que tout fait quelconque de l'homme qui nuit à autrui oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. (Art. 1382.)

Mais cette règle n'est point applicable quand celui qui a commis le fait avait le droit de le commettre, car alors c'est le cas de dire : *Qui jure suo utitur, neminem lædit :* or le droit d'exhausser le mur était incontestable. Il est vrai que, dans l'espèce, celui qui l'avait exhaussé avait aussi fait déborder son toit sur le mur, de manière à causer un refoulement de la fumée dans les cheminées du voisin ; mais ce fait ne pouvait, selon nous, donner lieu qu'à la condamnation de supprimer l'avancement, et aux dommages-intérêts pour le préjudice souffert jusqu'alors, et nullement à celle d'exhausser les cheminées. Ce n'était pas là simplement ordonner le rétablissement de choses détruites ou dégradées dans l'opération de la reconstruction du mur, comme dans les cas précédents ; ç'a été un véritable nouvel œuvre imposé au copropriétaire, qui cependant n'avait fait qu'user de son droit en ce qui touchait l'exhaussement du mur.

332. L'indemnité de surcharge s'estimait, d'après l'article 197 de la coutume de Paris, sur le pied du coût d'une toise sur six de tout ce qui excédait la partie mitoyenne ; et cette indemnité était payée à chaque fois qu'il devenait nécessaire de reconstruire cette même partie. Le Code se borne à dire qu'elle sera payée *en raison de l'exhaussement et suivant sa valeur* (art. 658), ce qui est bien vague ; car, que fait la valeur de l'exhaussement, relativement à la dégradation plus prompte qu'il doit causer à la partie mitoyenne? On pourrait donc prendre pour base générale la disposition de la coutume de Paris, sauf à s'en écarter en plus ou en moins suivant les circonstances.

333. La cour de Douai a jugé (2) que celui qui a fait à ses frais l'exhaussement d'un mur mitoyen, n'a pas pour cela le droit de pratiquer dans la nouvelle portion les jours à fer maillé et verre dormant autorisés par les art. 676 et 677, en faveur du propriétaire d'un mur non mitoyen joignant même immédiatement le terrain d'autrui, et que, pour les faire boucher, le voisin n'a pas besoin d'offrir la moitié des déboursés, d'acquérir la mitoyenneté du surhaussement.

La cour s'est fondée sur ce que ce droit est une servitude, qui, comme telle, n'est pas susceptible de s'appliquer, par extension, à un autre cas que celui prévu par la loi : or, a-t-elle dit, le cas prévu par la loi est celui où l'on est propriétaire exclusif du mur ; tandis que, dans l'espèce, le mur est mitoyen dans l'une de ses parties.

Cette doctrine nous paraît infiniment subtile, et même contraire à l'esprit de la loi. Il est, en effet, incontestable que celui qui a fait l'exhaussement est propriétaire exclusif de la nouvelle portion du mur : cela est démontré par l'article 660 (3), qui autorise le voisin qui n'y a pas contribué à en acquérir la mitoyenneté, en payant la moitié de la dépense de ce qu'il a coûté, et la valeur de la moitié du sol fourni pour l'excédant d'épaisseur, s'il y en a eu. Jusque-là, l'autre est donc propriétaire exclusif du surhaussement, et comme c'est dans le surhaussement qu'il a pratiqué les jours, il les a réellement pratiqués dans un mur qui est à lui. Sous ce rapport, il est dans les termes de l'article 676, qui ne dit pas qu'il faille être propriétaire exclusif du mur depuis sa base jusqu'à son sommet, mais qui dit simplement qu'il faut être propriétaire du mur dans lequel on veut percer les jours, ce qui a lieu dans le cas dont il s'agit. Pour être conséquent, dans le système de la cour de Douai, il faudrait également décider, lorsque les divers étages d'une maison appartiennent à plusieurs divisément, qu'aucun des propriétaires, pas plus celui du rez-de-chaussée que celui de l'étage supérieur, n'a le droit de pratiquer de pareils jours ; car aucun d'eux n'est propriétaire exclusif du mur dans le sens que l'entend cette cour; et cependant nous voyons dans l'art. 664 que chacun contribue aux réparations et reconstructions des

(1) Le 4 mai 1813. (Sirey, 1814, II, 88.)

(2) Le 17 février 1810. (Sirey, 1813, II, 19.)

(3) Code de Hollande, art. 687.

gros murs dans la proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient ; ce qui indique bien que les différentes parties du mur sont, en quelque sorte, des dépendances de chaque étage. Or, irait-on jusqu'à contester à chacun d'eux le droit d'éclairer son appartement suivant le mode tracé aux art. 676 et 677? Le propriétaire du terrain voisin, notamment, pourrait-il, pour s'y opposer, se prévaloir de la circonstance que les divers étages de cette maison n'appartiennent pas au même maître? C'est une chose qui ne le regarde pas, et qui n'aggravant point sa position ne saurait lui fournir aucune raison valable pour s'opposer à l'exercice de cette faculté légale. Le système de l'arrêt est tout à fait contraire à l'esprit de la loi, en ce qu'il tend à empêcher, dans beaucoup de cas, le copropriétaire d'un mur mitoyen de l'exhausser, et fait ainsi obstacle à des améliorations utiles, qu'elle cherche toujours à favoriser. Vainement dirait-on que le copropriétaire de la partie mitoyenne sera ainsi obligé de supporter une partie de mur dans laquelle il y aura des jours, et que de la sorte on lui impose une servitude ; car c'est la loi qui la lui impose par suite de la communauté. Il sera bien également obligé de supporter les poutres et les solives de la nouvelle construction : or, la raison est la même pour les jours ; il a d'ailleurs le moyen très-simple de les faire boucher en acquérant la mitoyenneté du surhaussement, et par là ses droits sont maintenus dans leur intégrité. L'arrêt ne nous paraît donc point avoir jugé selon les vrais principes de la matière ; il a fait, suivant nous, une fausse application des art. 676 et 677, qui ne parlent du propriétaire d'un mur que d'une manière générale.

334. Le voisin, avons-nous dit, qui n'a point contribué à l'exhaussement peut en acquérir la mitoyenneté, en payant la moitié de la dépense qu'il a coûté, et la valeur de la moitié du sol fourni pour l'excédant d'épaisseur, s'il y en a. (Art. 660.)

Dans ce cas, ce n'est pas, comme dans celui où le voisin veut acquérir la mitoyenneté d'un mur sur lequel il n'a aucun droit (art. 661), la simple valeur actuelle qu'il faut considérer, mais bien ce qu'a réellement coûté la nouvelle partie du mur, et ordinairement c'est très-différent. On a probablement voulu engager par là le voisin à s'entendre avec son copropriétaire pour l'exhaussement ; on a voulu lui ôter tout intérêt à s'y refuser dans la vue de pouvoir ensuite acheter la mitoyenneté de la nouvelle partie suivant sa valeur actuelle, qui est généralement inférieure au montant des dépenses. Mais cette prévoyance de la loi, si nous l'avons bien saisie, ne trouvait point d'application au cas d'un mur appartenant exclusivement à l'un des voisins ; l'autre n'avait point à contribuer à sa construction, du moins hors des villes et faubourgs : en payant donc la moitié de la valeur actuelle, il paye tout ce qu'il reçoit.

335. Voyons à présent les actes ou entreprises que chacun des copropriétaires du mur mitoyen ne peut faire en sa seule qualité de copropriétaire, sans être obligé, dans plusieurs cas, de prendre certaines précautions pour ne point nuire à l'autre.

D'abord il ne peut, sans le consentement du voisin (1), pratiquer dans le mur aucune fenêtre ou ouverture, en quelque manière que ce soit, même à verre dormant. (Art. 675.)

Aussi, comme on l'a dit plus haut, le voisin qui acquiert la mitoyenneté du mur joignant son héritage, conformément à l'art 661, est-il en droit de faire boucher les jours de cette espèce que le propriétaire du mur avait pratiqués en vertu des seules dispositions des art. 676 et 677, quel que fût le temps depuis lequel ces jours subsisteraient, attendu qu'il n'y a pas de prescription contre la faculté d'acquérir la mitoyenneté dans le cas prévu par la loi, et de l'acquérir avec toutes ses conséquences.

L'un des copropriétaires ne peut non plus pratiquer dans le corps du mur mitoyen aucun enfoncement, ni y appliquer ou appuyer aucun ouvrage sans le consentement de l'autre, ou sans avoir, à son refus, fait régler par experts les moyens nécessaires pour que le nouvel ouvrage ne soit pas nuisible aux droits de l'autre. (Article 662.)

Ces moyens sont ordinairement un contre-mur, surtout quand il s'agit d'adosser une cheminée, un four, un âtre, une forge ou un fourneau ;

(1) *Voyez* la L. 40, ff. *de Servit. præd. urban.*, qui consacre, comme l'art. 675 du Code, la règle et l'exception.

mais ils varient en raison de l'espèce d'ouvrage qu'on se propose de faire, et sont déterminés par les gens de l'art.

Si le consentement n'est pas donné de gré à gré, il faut faire une sommation au voisin pour qu'il ait à le donner dans un délai déterminé ; et, en cas de refus, faire régler par experts les moyens nécessaires pour que les ouvrages ne soient pas nuisibles (1).

Il ne peut non plus, sans prendre les mêmes précautions, établir contre le mur une étable, un magasin de sel, ou autre amas de matières corrosives (674), ni amonceler tout auprès, des fumiers, de la terre, des pierres, pour pouvoir, en se plaçant dessus, voir ce qui se passe chez le voisin.

Il ne peut pas davantage abaisser le mur, lors même qu'il serait bien plus élevé que les murs de clôture ordinaire. En un mot, il ne peut rien faire qui nuise aux droits du copropriétaire.

Il est clair toutefois, par la combinaison des art. 657 et 662, que les ouvrages dont parle ce dernier article, et que l'un des copropriétaires ne peut faire sans le consentement de l'autre, ou sans avoir, à son refus, fait régler par experts les moyens de ne pas nuire aux droits de celui-ci, ne sont pas les simples bâtiments élevés contre le mur, ni le placement, dans ce mur, de poutres ou solives, puisque, pour ces travaux, la loi ne prescrit point au copropriétaire qui veut les faire l'obligation de faire régler par des gens de l'art les moyens de ne pas nuire à l'autre : ce sont les ouvrages de l'espèce de ceux dont il vient d'être question, et qui sont rappelés dans l'art. 674. Il peut encore y en avoir d'autres, susceptibles également de nuire au mur, s'ils étaient faits sans précaution.

Quand il s'agit de faire reconstruire le mur pour l'exhausser, parce qu'il est trop faible, et que l'opération ne se fait pas d'un commun accord, il convient aussi, quoique la loi ne le prescrive pas spécialement, d'en faire régler l'état. On prévient par là des difficultés.

556. L'art. 203 de la coutume de Paris portait que « les maçons ne peuvent toucher ni faire « toucher à un mur mitoyen pour le démolir, « percer et réédifier, sans y appeler les voisins « qui y ont intérêt, par une simple signification « seule ; et ce, à peine de tous dépens, dom- « mages et intérêts et rétablissement dudit mur. »

M. Favard (2) dit que cette disposition forme encore le droit commun, et qu'elle s'étend au cas où, le mur n'étant pas mitoyen, les travaux que l'on se propose d'y faire peuvent endommager les propriétés contiguës, si les voisins ne sont pas dûment avertis de prendre les précautions convenables ; que cela résulte même des articles 1382 et 1383 du Code civil.

M. Toullier nous semble être mieux entré dans l'esprit de la loi actuelle, en disant (3) que l'article 662 charge le voisin, et non pas les maçons, de faire la sommation prescrite à ces derniers par l'art. 203 de la coutume de Paris. C'est, en effet, lui seul qui est responsable, à moins que les maçons n'eussent, par négligence ou malice, causé personnellement du tort aux voisins, copropriétaires ou non du mur.

557. Dans tous les cas, au reste, tous les frais d'expertise, et autres, restent à la charge de celui qui fait faire les travaux, sauf les dépens de contestations mal fondées, qui sont supportés par celui qui succombe. (Art. 130, Code de procédure.)

Et si, nonobstant le règlement des experts, les travaux, quoique conformes à ce règlement, nuisent au voisin, comme la fumée d'une forge, d'un four, etc., celui-ci a droit d'être indemnisé : la mitoyenneté ne va jamais jusqu'à donner le pouvoir de nuire impunément au copropriétaire. L'emploi des experts n'est qu'une mesure de précaution, et nullement la décharge de l'obligation de réparer le tort causé par le nouvel œuvre. Telle est l'opinion commune. Mais une incommodité non grave, et surtout passagère, ne donnerait pas lieu à une action fondée ; car il est dans la nature du voisinage d'en faire naître de semblables (4).

(1) Un enfoncement fait dans le mur mitoyen, sans que ces formalités aient été remplies, doit être réparé, bien qu'il ne fût pas présentement dommageable. (Cour de Liége, 17 octobre 1832, *Jurisprudence de Belgique*, 1833, II, p. 58.)

(2) *Répertoire*, vº *Servitudes*, sect 2, § 4, nº 3.

(3) Tome II (III de Paris), nº 207.

(4) *Voyez* MM. Pardessus, *des Servitudes*, nº 201 ; Toullier, tome III, nº 334 ; et Favard, *Répertoire*, vº *Servitudes*, sect. 2, § 4, nº 12.

Ce dernier jurisconsulte dit que le voisin, dans le cas même

338. Lorsqu'on reconstruit un mur mitoyen ou une maison, les servitudes actives et passives se continuent à l'égard du nouveau mur ou de la nouvelle maison, sans toutefois qu'elles puissent être aggravées, et pourvu que la reconstruction se fasse avant que la prescription soit acquise. (Art. 665.)

Si les servitudes sont passives, c'est au tiers à qui elles sont dues à obliger le maître du mur de le reconstruire, pour qu'il puisse les exercer avant que la prescription soit acquise, ou à faire l'abandon de ce qui reste ; car la servitude imposée à votre mur, de supporter ma poutre ou ma charge quelconque, *oneris ferendi*, a cela de particulier, ainsi que nous le dirons par la suite, que c'est au maître du mur à l'entretenir en état (1), à moins de stipulation contraire; tandis que, dans les autres servitudes, c'est au maître du fonds dominant à faire les travaux nécessaires à l'exercice de la servitude, sauf disposition contraire dans le titre. (Art. 698.)

§ II.

Du cas où les divers étages d'un bâtiment appartiennent à plusieurs divisément.

SOMMAIRE.

339. *Le cas où les divers étages d'une maison appartiennent à plusieurs divisément se rapporte plutôt à la matière de la communauté qu'à celle des servitudes.*
340. *Texte de l'article 664.*
341. *Les titres de propriété sont la première règle à suivre dans la réparatition des dépenses communes.*
342. *Autres réparations communes que celles dont parle l'article 664.*
343. *Règle derépartition des dépenses communes en l'absence de titre à cet égard.*
344. *Le propriétaire dechaque étage fait le plancher sur lequel il marche, mais non le plafond en dessous, ni aucun autre embellissement.*
345. *Observations sur la répartition des frais d'entretien de l'escalier.*
346. *Comment se règle la répartition des impôts.*
347. *Ce qui aurait lieu si la maison venait à être incendiée, ou démolie pour cause de vétusté.*

339. Le cas où les divers étages d'une maison appartiennent à plusieurs divisément, ne se rapporte qu'assez indirectement à la matière des servitudes : il appartient plutôt à celle de la communauté, quoique chacun des propriétaires du bâtiment soit propriétaire exclusif de son étage ; car les gros murs et le toit, à l'entretien desquels ils doivent tous contribuer, sont en quelque sorte en commun, du moins sous ce rapport : l'escalier lui-même n'est pas simplement soumis, dans la partie qui conduit au premier étage, et du premier au second, etc., à un droit de servitude au profit des propriétaires des étages supérieurs ; ils y ont un droit de copropriété, imparfaite, si l'on veut, mais ce droit n'est point une véritable servitude, puisque, de droit commun, ce ne sont point eux qui en font les réparations, quand, au contraire, le droit commun, en matière de servitude, met les frais nécessaires à la charge du propriétaire de l'héritage dominant (698). Mais, comme nous l'avons déjà observé à l'égard du mur mitoyen, observation qu'on pourrait étendre à bien d'autres cas, les règles sur ce point ont pu être placées sans inconvénient au titre *des Servitudes*, dès qu'on ne consacrait pas un titre spécial à la *communauté de propriété*.

340. L'art. 664 porte que « lorsque les différents étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires, si les titres de propriété ne règlent pas le mode des réparations et reconstructions, elles doivent être faites ainsi qu'il suit :

« Les gros murs et le toit sont à la charge de tous les propriétaires, chacun en proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient.

« Le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche.

« Le propriétaire du premier étage fait l'esca-

d'une incommodité ou d'un préjudice notable à lui causé par suite des travaux faits après règlement d'experts, n'a pas le droit de faire ordonner la suppression ou rectification des travaux, mais seulement celui d'obtenir une indemnité ; et il cite, à l'appui de sa décision, la loi 8, § 5, ff. *si Servit. vindic.*; mais cette loi dit, au contraire, que le voisin qui n'a pas consenti à une pareille charge, a le droit de s'en affranchir ; et la loi est d'accord avec tous les principes. S'il aime mieux faire ordonner la suppression ou la rectification des travaux, et aux dépens de celui qui les a faits, nul doute, en effet, qu'il ne le puisse. Si les experts se sont trompés, ce n'est pas sa faute : le fait parle plus haut que l'opinion qu'ils avaient émise quand les travaux n'existaient pas encore.

(1) L. 6, § 2, ff. *si Serv. vindic.*; L. 33, ff. *de Serv. præd. urb.*

« lier qui y conduit; le propriétaire du second « étage fait, à partir du premier, l'escalier qui « conduit chez lui, et ainsi de suite. »

341. Ainsi, la première règle à suivre est dans les titres de propriété ; et s'il n'y en a pas, comme lorsqu'un testateur, propriétaire d'une maison, a légué à Paul le rez-de-chaussée de cette maison, à Jean le premier étage, et à Pierre le second, sans autre explication, on suit les dispositions de la loi, qui interprète sa volonté à cet égard.

342. M. Delvincourt pense que les divers propriétaires, à défaut de mode de contribution réglé par les titres de propriété, doivent contribuer aux réparations et reconstructions des digues, des voûtes et murs des caves, etc., en un mot, de tous les objets nécessaires à la solidité de l'édifice entier, ou qui servent à la commodité de tous les locataires, tels que les puits ou fosses d'aisances, communs et passages d'allées.

Nous n'adoptons cette décision qu'avec une restriction relativement aux *voûtes* des caves : ces voûtes ne sont pas indispensables au soutien de l'édifice, du moins généralement, car les murs de *refend*, qui servent de support aux étages, partent des fondements. Les voûtes des caves sont le plancher sur lequel marche le propriétaire du rez-de-chaussée ; elles lui en tiennent lieu, et par conséquent elles doivent rester à sa charge, quand même il ne serait pas propriétaire des caves.

343. Pour l'application de l'article que nous expliquons, on doit donc estimer la valeur de chaque étage, comparativement à celle des autres, ce qu'on appelle faire une *ventilation*, puisque les dépenses communes sont réparties en raison de cette valeur.

Ainsi, soit une maison valant 40,000 fr. : le rez-de-chaussée, y compris les caves, que nous supposons appartenir au même propriétaire, valent 15,000 fr. ; le premier 10,000 fr. ; le second 8,000 fr. ; et le troisième, y compris les greniers, 7,000 fr. Il y a eu 4,000 fr. de dépenses communes ; le rez-de-chaussée en supportera pour 1,500 fr., le premier étage pour 1,000 fr., le second pour 800 fr., et le troisième pour 700 fr. Si, comme il arrive le plus ordinairement, les caves ou les greniers n'appartiennent pas au même, on en fera une estimation particulière, et l'on opérera de la même manière pour fixer la contribution que ces objets doivent supporter dans la répartition générale des dépenses communes.

344. Chaque propriétaire fait bien le plancher sur lequel il marche, mais c'est à celui qui se trouve au-dessous à faire les embellissements qu'il juge utiles à son habitation, comme un plafond ; tellement que quand même il y en aurait un lors de la reconstruction du plancher, celui qui le reconstruit ne serait point obligé de le faire avec plafond, et encore moins avec les peintures qui s'y trouvaient. La loi ne le soumet qu'à l'obligation de refaire le plancher, sauf disposition contraire dans les titres, et sauf aussi les cas de malice ou de fraude, qui sont toujours exceptés : par exemple, si, sans nécessité, et uniquement pour détruire les peintures et les ornements du propriétaire de l'étage inférieur, le maître de l'étage supérieur reconstruisait ce plancher.

345. On sent que, dans la répartition des frais de l'escalier, on n'a pas suivi une proportion géométrique ; car le propriétaire du second se sert de la partie de cet escalier qui conduit jusqu'au premier, comme le maître du premier étage, et cependant il ne contribue en rien aux frais de son entretien ; mais on a suivi les règles de l'équité, en prenant en considération la valeur respective des divers étages.

346. Quant aux impôts, dont le Code ne parle pas, si la répartition n'en est pas faite par les titres ou par un acte postérieur, chacun des propriétaires doit y contribuer comme pour les gros murs et le toit, parce qu'en effet c'est une charge de toute la propriété : avec cette restriction toutefois que l'impôt des portes et fenêtres reste à la charge de chacun de ceux qui les ont dans leur étage; mais celui de la porte cochère ou de l'allée commune entre dans les dépenses générales.

347. Si, dans le cas où la maison viendrait à être incendiée ou démolie pour cause de vétusté, l'un des propriétaires résistait à la volonté des

autres pour la rétablir, ceux-ci seraient en droit de le forcer d'opter, ou d'abandonner ses droits, ou de contribuer à la reconstruction, qui se ferait alors, pour chaque étage, dans les proportions indiquées ci-dessus. Les tribunaux pourraient toutefois, suivant les circonstances et la position du défendeur, fixer un terme pour le rétablissement de l'édifice. Mais nous ne croyons pas que, par l'effet de cette destruction, le terrain soit devenu commun, de manière à devoir être partagé ou licité entre les divers propriétaires, même proportionnellement à la valeur relative qu'avait chaque étage avant la destruction ou la démolition de l'édifice; sauf à eux à établir une communauté à ce sujet, si bon leur semble; car le propriétaire du rez-de-chaussée ne doit point être forcé d'en céder une partie plus ou moins considérable; et, *vice versa*, les autres peuvent avoir intérêt au rétablissement de leur étage pour l'avoir en entier.

§ III.

Des fossés, mitoyens ou non.

SOMMAIRE.

348. *Tout fossé entre deux héritages est présumé mitoyen s'il n'y a titre ou marque du contraire.*
349. *En général, on regarde les bornes plutôt comme titre que comme simple marque de non-mitoyenneté.*
350. *Quand y a-t-il marque de non-mitoyenneté?*
351. *Cette marque n'est qu'une présomption qui cède à la preuve contraire.*
352. *La possession pendant le temps requis pour la prescription détruirait l'effet du titre et des bornes contraires.*
353. *Le rejet de la terre d'un seul côté est la seule marque de non-mitoyenneté admise par le Code.*
354. *Dans beaucoup de pays, le propriétaire d'une haie était aussi censé propriétaire du fossé qui le joint en dehors : en principe, le Code ne consacre aucune présomption à cet égard.*
355. *Mais il n'a pas détruit l'effet de celle qui existait lors de sa publication.*
356. *Ce que doit faire le propriétaire ou le copropriétaire d'un fossé quand le voisin le cure et met le rejet de son côté.*
357. *Quel est l'effet du simple fait de rejet actuel existant depuis moins d'une année?*
358. *Le simple fait du curage, sans le rejet d'un seul côté, n'établit pas la présomption de propriété exclusive.*
359. *Effets de la mitoyenneté du fossé.*
360. *L'un des copropriétaires peut renoncer à la mitoyenneté pour se dispenser d'en supporter les charges : conséquence.*
361. *Le copropriétaire d'un fossé mitoyen peut, en général, en exiger le partage.*
362. *En général, l'un des voisins ne peut, même dans les villes et faubourgs, contraindre l'autre à contribuer à l'établissement d'un canal ou fossé.*
363. *Le voisin d'un fossé ne peut le rendre mitoyen malgré le propriétaire.*
364. *Dans plusieurs localités, celui qui creusait un fossé devait laisser un certain espace au delà, qui, par cela même, était présumé lui appartenir : le Code est muet sur ce point.*

348. On a vu que, dans les villes et les campagnes, tout mur servant de séparation entre bâtiments jusqu'à l'héberge, ou entre cours et jardins, et même entre enclos dans les champs, est présumé mitoyen, s'il n'y a titre ou marque du contraire; par suite du même principe, tous fossés entre deux héritages sont aussi présumés mitoyens, s'il n'y a titre ou marque du contraire. (Art. 666.)

Le titre serait, par exemple, un acte de vente, d'échange, de cession, de partage, etc., qui attribuerait le fossé à l'un des propriétaires, soit expressément, soit par la délimitation précise du terrain.

349. On regarderait aussi comme un titre plutôt que comme une simple marque de non-mitoyenneté, les bornes existantes, pourvu qu'elles ne fussent pas démenties par un titre. Elles feraient présumer la propriété exclusive du fossé contre celui du côté duquel elles se trouveraient. C'est à lui, s'il croit qu'elles ont été déplacées, à agir au possessoire, dans l'année du trouble, conformément à l'article 3 du Code de procédure; passé ce temps, ou si son action est repoussée, il ne pourra se pourvoir qu'au pétitoire, et devra prouver que le fossé lui appartient, ou qu'il est mitoyen : foi sera due aux bornes jusqu'à preuve contraire.

350. Il y a marque de non-mitoyenneté lors-

que la levée ou le rejet de la terre se trouve d'un côté seulement du fossé. (Art. 667) (1).

Et le fossé est censé appartenir exclusivement à celui du côté duquel le rejet se trouve. (Article 668) (2).

351. Mais comme ce n'est qu'une présomption, elle céderait à un titre contraire qui établirait, ou la mitoyenneté, ou la propriété exclusive en faveur du voisin.

Et d'après ce que nous venons de dire, la présomption résultant de la place qu'occupe le rejet céderait également aux bornes qui la démentiraient, si d'ailleurs leur position n'était point prouvée frauduleuse par celui qui voudrait les méconnaître.

352. Toutefois, si la possession du fossé durait depuis trente ans, paisiblement et publiquement, elle détruirait l'effet du titre et des bornes; car la prescription serait acquise sur le voisin qui avait la propriété ou la mitoyenneté (art. 2262); sans préjudice des suspensions et interruptions de prescription telles que de droit.

353. Le rejet de la terre d'un seul côté est la seule marque de non-mitoyenneté admise par le Code.

Ainsi, de ce que l'un des deux fonds voisins serait entouré de fossés de toutes parts, et que l'autre ne le serait que du côté du premier, il n'en résulterait pas, comme pour les haies (article 670), présomption de propriété exclusive du fossé en faveur du maître de ce fonds. La loi ne dit rien de semblable; elle dit même le contraire.

354. Dans plusieurs localités, quand une haie était reconnue appartenir exclusivement à l'un des voisins, le fossé qui la joignait en dehors était également censé lui appartenir, parce qu'on supposait qu'il l'avait fait pour garantir sa haie; aussi disait-on (et dit-on encore aujourd'hui) dans ces localités : *Le fossé appartient à la haie* (3). Mais le Code ne consacre point cette présomption; il établit, au contraire, celle de mitoyenneté, sauf titre ou marque opposée tirée de la place qu'occupe le rejet, et sauf aussi celle tirée de ce que le propriétaire d'une haie a dû laisser un demi-mètre de distance du fonds voisin. (Article 671.) Et comme il ne déclare pas non plus que les usages des lieux seront suivis en ce point, ainsi qu'il le fait pour l'usage des eaux, pour la hauteur des murs dans les lieux où la clôture est forcée, pour la distance à observer dans la plantation des arbres, on est bien fondé à conclure de son silence à cet égard que la présomption dont il s'agit ne repose aujourd'hui sur rien nulle part en France.

355. Mais pour les fossés qui auraient été faits avant le Code, dans les pays où existait la présomption qu'ils appartenaient au maître de la haie, cette présomption, étant un droit acquis, n'a point été détruite par le Code, qui n'a pas d'effet rétroactif. (Art. 2.) Celui qui a creusé le fossé a dû penser que sa propriété lui était pleinement garantie par l'usage local; et en conséquence il n'a pas dû croire qu'il était utile de se l'assurer davantage par d'autres moyens : son attente ne doit donc pas être trompée. On doit appliquer à ce cas ce qui a été dit relativement au *tour d'échelle*. Mais ce sera à celui qui invoquera cette présomption ancienne, à prouver que le fossé a été fait avant le Code, si ce fait est contesté.

356. Puisque le rejet de la terre d'un seul côté établit la présomption de propriété exclusive du fossé en faveur de celui qui a ce rejet, on sent qu'il importe au voisin, surtout quand il n'a pas de titre contraire, ou qu'il n'y a pas de bornes certaines, de s'opposer à ce que l'autre cure le fossé et mette le rejet de son côté. Si cela a eu lieu, il doit intenter l'action en complainte ou trouble de jouissance dans l'année du fait (art. 3, Cod. de procéd.) pour faire rétablir le rejet, soit de son côté, soit par moitié pour chaque côté, selon qu'il prétendra que le fossé lui appartient exclusivement, ou qu'il est mitoyen.

Passé l'année du curage, la possession du fossé serait acquise au voisin, et il faudrait ensuite l'attaquer au pétitoire, où l'on serait obligé de prouver le droit de propriété sur ce fossé, ou la mitoyenneté. Vainement dirait-on que l'art. 666

(1) Code de Hollande, art. 707.
(2) Ib., art. 707, § 2.
(3) Voir ce qui est dit au § suivant.

n'a pas, comme l'article 670 relatif aux haies, réservé la possession, à l'effet de détruire la présomption de mitoyenneté ; car on répondrait que, d'après l'article 3 du Code de procédure, l'action possessoire pour usurpation de fossés, comme pour usurpation de haies, doit être intentée dans l'année du trouble, à peine de perte de la possession. Nous répéterons ici ce que nous avons dit à l'égard du mur mitoyen sur lequel l'un des voisins a fait des actes de propriété exclusive : quelle serait l'utilité de l'action possessoire, de la possession annale elle-même, si cette possession n'avait pas pour effet de faire présumer celui qui l'a en sa faveur, propriétaire du fossé jusqu'à preuve du contraire? Et comment dès lors supposer que le législateur ait donné une action sans objet?

357. Mais quand l'article 668 dit que le rejet d'un seul côté établit la présomption que le fossé appartient à celui du côté duquel est ce rejet, il n'entend pas faire résulter cette présomption du simple fait de rejet actuel, existant au moment même de la contestation, fait qui peut être si facilement clandestin ou l'effet d'une surprise : il suppose que la possession du rejet n'est pas contestée, ou si elle l'est, que la contestation a été jugée non recevable comme tardivement intentée, ou jugée mal fondée ; en sorte que, dans l'année du curage, la position du rejet n'a d'autre effet que d'obliger celui qui s'en plaint à intenter l'action en trouble de jouissance, pour empêcher la possession annale de s'acquérir au profit du voisin. Mais il n'est point pour cela obligé de prouver la mitoyenneté ; la loi la présume tant que la possession du rejet n'est pas acquise. Il suffit qu'il prouve que le curage a eu lieu dans l'année, parce que c'est là le fait du trouble dont il se plaint. Tout autre système serait une source d'abus et de fraudes, puisque l'un des voisins, en curant le fossé et en rejetant la terre de son côté, ce qui est si facile, même quand le propriétaire est sur les lieux, ou qu'il a un fermier ou un colon attentif, s'attribuerait ainsi une présomption de propriété exclusive par ce seul fait, en mettant l'autre dans l'impuissance de prouver la mitoyenneté.

358. Le fait du curage, eût-il été répété à diverses reprises, même pendant plusieurs années, n'établit aucune présomption de propriété : c'est le *rejet* d'un seul côté qui l'établit, parce que le curage a pu être clandestin, ou l'effet de la violence, ou le résultat d'une possession équivoque, ce qui ne fonde ni possession ni prescription (art. 2229) ; ou bien il a pu, tant qu'il n'y avait pas de rejet du seul côté de celui qui le faisait, être vu avec indifférence par le voisin ; ce qui n'était qu'un acte de simple tolérance de sa part, incapable aussi de fonder une possession valable. (Art. 2232.)

359. Le fossé mitoyen doit être entretenu à frais communs. (Art. 669) (1).

Les engrais qu'il produit doivent se partager, et, s'ils ne sont point enlevés sur-le-champ, être rejetés des deux côtés également, afin de ne pas faire acquérir à l'un des voisins une présomption de propriété exclusive : dès lors, le curage doit, autant que possible, se faire de concert, parce qu'aussi l'un des fonds pourrait se trouver ensemencé au moment où le voisin voudrait le faire.

360. Comme pour le mur mitoyen, l'un des copropriétaires du fossé peut renoncer à la mitoyenneté, pour se dispenser de contribuer à son entretien (2). Il suffit qu'il abandonne toute la partie de terre qu'il a fournie de son côté pour l'établissement du fossé. Mais il n'y pourra plus *conduire* les eaux de son fonds, ni y faire tomber des terres, qui pourraient l'obstruer.

Si, après l'abandon, le voisin ne l'entretient

(1) Code de Hollande, art. 708.

(2) M. Favard, *Répertoire*, v° *Servitudes*, sect. 2, § 4, n° 11, dit : « Dans les lieux où *la clôture n'est pas forcée*, le copro- « priétaire d'un fossé mitoyen qui ne sert pas à un cours d'eau, « peut renoncer à sa copropriété pour se soustraire à l'obliga- « tion d'entretenir le fossé. La raison en est qu'en général on « peut se dispenser de l'entretien d'une chose commune en « renonçant à sa copropriété. » Nous n'adoptons point cette restriction de M. Favard, pour le cas où le fossé serait dans un lieu où la clôture est forcée : elle ne l'est nulle part au moyen de *fossés* ; elle ne l'est dans les villes et faubourgs qu'au moyen de *murs*. Que le voisin demande une clôture en murs, il en a le droit dans ces lieux, mais il n'a pas celui de forcer l'autre à rester en communauté pour contribuer à l'entretien d'un *fossé*.

Il n'y aurait exception que pour le cas où le fossé servirait de canal à une eau courante, parce que la loi impose aux riverains indistinctement l'obligation de faire le curage (voy. *suprà*, n° 201) ; sauf aussi les dispositions des règlements relatifs aux *conduits*, canaux et fossés dans les grandes villes.

pas en bon état, l'autre peut révoquer son acte, comme nous l'avons dit au sujet de l'abandon de la mitoyenneté du mur, n° 320 : il est présumé ne l'avoir consenti que sous la condition que le fossé serait entretenu.

361. Le copropriétaire d'un fossé mitoyen peut en exiger le partage, soit pour le combler et étendre sa culture jusqu'au point milieu, soit pour bâtir joignant la ligne séparative des deux héritages, ce qui peut être fort utile en certains cas. Le voisin n'a pas le droit de s'y opposer, parce qu'il peut en faire autant, ou élargir le fossé de son côté. Ce cas n'est point du tout semblable à celui d'une allée, d'un vestibule de maison, d'une cour d'une faible étendue, servant à plusieurs bâtiments ou aux divers étages d'une maison appartenant à plusieurs, et dont nous avons parlé précédemment, n° 149 ; ici la division est facile et sans dépréciation du fonds voisin. M. Pardessus (n° 185) est d'une opinion contraire, parce que, dit-il, l'existence du fossé étant réputée l'effet de la volonté de l'un et l'autre, ce n'est que leur consentement mutuel qui peut la changer. Mais cette raison n'est point du tout concluante; car la société aussi se forme d'un mutuel consentement, et la volonté d'un seul suffit pour en opérer la dissolution (art. 1865) (1); la simple communauté se forme aussi quelquefois par la volonté des intéressés, et néanmoins nul n'est tenu de rester dans l'indivision. (Art. 815.) Dans le cas d'un fossé mitoyen, la communauté n'existe pas avec les mêmes caractères que dans celui d'un objet appartenant à plusieurs par indivis : elle a lieu *pro regione*, c'est-à-dire que chacun des propriétaires est propriétaire de la partie du fossé qui est de son côté (2); mais cette différence, loin d'être contraire à notre opinion, lui est favorable, puisque celui qui veut faire servir cette partie à un autre usage ne fait qu'user d'une chose qui lui appartient exclusivement, et qu'il n'a aliénée pour aucune portion.

Il pourrait, au reste, y avoir exception pour le cas où il s'agirait d'un égout, d'un conduit souterrain recevant les eaux de fosses d'aisances de deux maisons dont les propriétaires ont fait ce conduit en commun ; mais le principe n'est pas moins certain.

362. A plus forte raison l'un des voisins ne peut-il, même dans les villes et les faubourgs, contraindre l'autre à contribuer à l'établissement d'un canal ou d'un fossé pour limiter et assainir leurs propriétés contiguës ; car la clôture n'y est forcée que par le moyen de murs ; sauf ce qui vient d'être dit n° 360, en note.

363. Le voisin d'un fossé ne peut non plus le rendre mitoyen malgré le propriétaire, comme il pourrait le faire s'il s'agissait d'un mur. (Article 661.) Les motifs de la loi relativement au mur sont inapplicables quand il ne s'agit que d'un simple fossé. Il ne pourrait même, malgré le voisin, recouvrer, en en offrant le prix, la mitoyenneté qu'il avait abandonnée pour se dispenser de contribuer à l'entretien du fossé. Ce fossé est devenu la propriété exclusive du voisin, comme s'il avait été primitivement pratiqué sur son terrain.

364. Dans plusieurs localités, celui qui creusait un fossé devait laisser au delà un certain espace sur son sol pour empêcher les terres du voisin de tomber dans le fossé. Il en était donc propriétaire, et il y avait à cet égard une présomption de droit en sa faveur. Cet espace était ordinairement d'un pied à partir de la berge ou bord du fossé ; dans quelques lieux il était un peu plus étendu, dans d'autres moins (3). Desgodets, sur l'article 215 de la coutume de Paris, dit même que celui qui fait l'abandon de son droit sur un fossé mitoyen abandonne tacitement aussi cet espace, qui devient ainsi la propriété exclusive du voisin.

Mais le Code ne dit pas que le propriétaire exclusif d'un fossé est en même temps censé propriétaire d'une portion déterminée de terrain du côté du voisin, il permet même de supposer le contraire, puisqu'il statue dans l'hypothèse que c'est le fossé qui fait la séparation entre les deux héritages, ce qui ne serait pas dans l'autre système, puisque ce serait l'extrémité de cet espace.

(1) Code de Hollande, art. 1683.

(2) L. 7, § *ult.*; L. 8, ff. *de Acquir. rer. dom.*; L. 19, ff. *Comm. divid.*

(3) Suivant la loi de Solon, rapportée dans la loi 13, ff. *Finium regund.*, et adoptée par les Romains, il fallait que cet espace fût égal à la profondeur du fossé.

Aussi ne voyons-nous pas qu'il ait consacré cette présomption locale, sauf, comme nous l'avons déjà dit relativement à d'autres objets, le maintien du droit acquis, lors de sa publication, à l'égard des fossés établis à cette époque, dans les lieux où la présomption était en vigueur.

Mais celui qui creuse un fossé joignant le fonds d'autrui doit lui laisser du moins le talus nécessaire pour que le terrain du voisin ne s'éboule pas. S'il n'est pas permis au propriétaire d'un fonds supérieur de rien faire qui puisse aggraver la condition du propriétaire inférieur, et, *vice versa*, si celui-ci ne peut rien faire qui empêche celui-là de jouir de son fonds suivant sa position naturelle (art. 640) ; par la même raison, l'un des voisins ne doit pas, en changeant l'ordre naturel des lieux, causer la chute des terres de l'autre : et c'est ce qui arriverait infailliblement si le fossé pratiqué immédiatement contre le terrain du voisin était coupé à pic. Il faudrait donc, si l'on voulait le tracer de la sorte, laisser en dehors de quoi faire un rebord en gazon ou en pierre, ou prendre tout autre moyen pour empêcher l'éboulement des terres du voisin ; et si cela était ensuite constaté, en cas de contestation, la propriété de cet espace serait prouvée par cela même en faveur du propriétaire du fossé.

§ IV.

Des haies, mitoyennes ou non.

SOMMAIRE.

365. « Toute haie qui sépare des héritages, « porte l'art. 670 (1), est réputée mitoyenne, à « moins qu'il n'y ait qu'un seul des héritages en « état de clôture, ou s'il n'y a titre ou posses- « sion suffisante au contraire. »

En principe, que la haie soit sèche ou vive

(1) Code de Hollande, art. 710.

qu'elle soit située dans un faubourg ou dans les champs, elle est présumée mitoyenne : le Code se distingue pas.

Nous allons parcourir successivement les exceptions que souffre le principe.

366. La première, c'est lorsqu'il y a titre qui attribue la haie à l'un des voisins exclusivement. Dans ce cas, il n'y a point à considérer l'état de clôture de l'un ou l'autre fonds ; ce titre l'emporterait même sur la présomption de non-mitoyenneté résultant, en faveur du voisin, de ce que son fonds serait en parfait état de clôture quand l'autre ne le serait pas. Il établirait, par la même raison, la mitoyenneté, nonobstant cette présomption.

367. La seconde exception, dont ne parle pas le Code, il est vrai, mais qui n'existe pas moins d'après les principes généraux du droit, c'est quand il y a des bornes qui attribuent aussi la haie exclusivement à l'un des héritages, peu importerait qu'ils fussent tous deux en état de clôture, et même que l'autre le fût seul. Tout ce que nous avons dit de l'effet des bornes relativement au fossé, s'applique à la haie.

368. La troisième exception a lieu quand un seul des héritages est en état de clôture ; alors la haie appartient à cet héritage. D'où il suit que la présomption de mitoyenneté existe si les deux fonds sont clos, où s'ils ne le sont ni l'un ni l'autre.

D'après la loi du 6 octobre 1791, sur la police rurale, on regarde comme clôture les *fossés* qui entourent un fonds ; et, suivant l'art. 391 du Code pénal de 1810, « est réputé *parc* ou *enclos*, « tout terrain environné de *fossés*, de pieux, de « claies, de planches, de haies vives ou *sèches*, « ou de murs de quelque espèce de matériaux « que ce soit, quelles que soient la hauteur, la « profondeur, la vétusté, la dégradation de ces « diverses clôtures, quand il n'y aurait pas de « porte fermant à clef ou autrement, ou quand « la porte serait à claire-voie et ouverte habi« tuellement. »

L'esprit de la loi pénale est facile à saisir : le propriétaire avait garanti sa propriété comme il avait pu ; le délinquant a méprisé cette garantie, qui se manifestait par des signes évidents, et cette violation du droit de propriété supposant en lui plus d'audace et de perversité, et faisant d'ailleurs courir plus de danger au propriétaire, méritait d'être punie plus sévèrement que les simples soustractions. Mais l'article 670 du Code civil ne doit pas être entendu en ce sens : les mots *en état de clôture*, dans l'esprit de ce texte, ne signifient pas toute espèce de moyens employés pour enclore un héritage, il y est question des *haies*, et ce ne peut être que les clôtures par des haies qu'il a eues en vue.

Ainsi, l'un des fonds est entouré de fossés de trois côtés, et du quatrième par une haie; l'autre fonds est entouré de haies de tous côtés : il ne nous paraît pas douteux que celle qui sépare les deux héritages ne soit censée appartenir exclusivement au fonds qui est clos de haies de toutes parts, sauf preuve contraire.

Le système opposé mènerait à l'absurde ; car si ce fonds était clos seulement de trois côtés par des haies, quoique de même âge et de même essence, il faudrait aller jusqu'à dire que celle qui est l'objet du litige est présumée appartenir au fonds qui n'a de haie que de ce seul côté et des fossés des trois autres, parce qu'il serait, dans ce système, le seul en état de clôture. Mais un tel résultat est inadmissible ; il ne reposerait que sur une fausse interprétation de ce qu'entend la loi civile par les mots *en état de clôture*.

Tout porte donc à croire que celui qui a enclos son fonds de haies de plusieurs côtés, l'a également enclos du côté où est la haie objet de la contestation, quand surtout ces haies sont de même essence et de même âge ; et que le voisin qui a jugé que des fossés lui suffisaient n'a point contribué à l'établissement de cette haie. Cela serait encore moins douteux, s'il est possible, s'il y avait aussi un fossé, joignant la haie, du côté de son fonds.

Nous décidons aussi, par identité de raison, que, lors même que ce fonds serait gardé par des haies sèches de tous autres côtés, si l'autre héritage l'était de toutes parts par des haies vives, la haie litigieuse serait censée appartenir exclusivement à ce dernier, bien que l'un et l'autre fussent clos de tous côtés ; car cette clôture sèche n'attesterait pas que le propriétaire du fonds où elle se trouve a contribué à l'établissement de la haie,

comme les autres parties de clôture vive attesteraient que celui qui les a élevées a élevé aussi celle qui est de même nature.

369. La quatrième exception est le cas où il y a possession suffisante au contraire en faveur de celui qui prétend que la haie lui appartient en propre, quand les deux fonds sont, ou non, en état de clôture, ou même quand le fonds du voisin l'est seul. Dans cette dernière hypothèse, la possession détruit même la présomption de propriété exclusive qui existait en faveur du voisin, et dans la première, elle détruit seulement celle de mitoyenneté. La rédaction de l'art. 670 et le droit commun ne laissent aucun doute sur l'un et l'autre point.

370. Mais quelle doit être la durée de cette possession contraire à la présomption de mitoyenneté, ou de propriété exclusive en faveur du voisin? La loi se borne à dire que ce doit être une possession *suffisante*, sans expliquer si elle doit être trentenaire, ou s'il suffit qu'elle soit annale. On doit donc s'en tenir sur ce point aux principes généraux: or, d'après ces principes, la possession est la jouissance ou la détention d'une chose ou d'un droit par nous-même ou par quelqu'un qui en jouit ou la détient en notre nom (art. 2228) (1); et la possession utile, la possession civile, celle qui donne l'action pour la recouvrer si on la perd, ou le droit d'être maintenu si l'on est attaqué au possessoire, c'est la possession annale. (Art. 23 du Code de proc.). Voilà pourquoi l'interruption de prescription résulte d'une interruption de jouissance pendant plus d'un an (art. 2243) (2), parce qu'alors la possession est perdue. Donc elle existe si elle a duré plus d'un an, et si elle n'a pas été d'ailleurs abandonnée depuis plus d'une année.

De ces principes nous tirons la conséquence que la possession annale de la haie, en fait, jusqu'à preuve contraire, administrée au pétitoire, présumer propriétaire le possesseur, soit que les deux fonds fussent ou non en état de clôture, soit même qu'il n'y eût de clos que celui du voisin. L'art. 3 du Code de procédure, en plaçant dans les attributions des juges de paix les entreprises ou usurpations sur les haies *commises dans l'année*, reconnaît par là que la possession de la haie est acquise après l'année, car c'est un droit prescriptible ; et si elle ne dispensait pas de prouver ensuite la propriété, à quoi servirait-elle? A quoi bon maintenir le possesseur, ainsi que le veut la loi (3)?

Au reste, comme la possession d'une haie ne se manifeste pas par l'existence même de la haie, qu'elle ne s'exerce que par certains actes ou certains faits, et que ces faits, de leur nature, sont isolés, peu répétés, souvent clandestins, le juge ne devra voir la possession utile que dans une jouissance paisible et qui a pu facilement être connue de celui qui avait intérêt à la faire cesser : avec ces caractères, la possession annale ne peut avoir aucun effet dangereux, qu'elle n'aurait également pas dans les autres cas.

371. La présomption qui en résultera pourra d'ailleurs être détruite par la preuve contraire tirée d'un titre, ou par la possession trentenaire antérieure, car si la perte de la possession s'opère par une discontinuation de jouissance pendant un an, celle du droit de propriété ne s'opère que par la jouissance d'un tiers pendant le temps nécessaire à la prescription. Mais après les trente ans de possession, le titre qu'on invoquerait pour la combattre serait inefficace; il ne prouverait qu'une chose : que l'on a eu un droit que l'on n'a pas su conserver.

372. Si, dans le cas où l'un des deux fonds seulement est clos, le propriétaire de l'héritage non clos se mettait en devoir de le clore, comme il acquerrait par là une présomption de mitoyenneté, le maître de l'héritage clos pourrait lui faire signifier un acte de protestation pour conserver la présomption de propriété exclusive qui résulte, en sa faveur, de ce que son héritage est seul en ce moment en état de clôture.

(1) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(2) Code de Hollande, art. 2015.

(3) *Voyez* un arrêt de rejet du 3 vendémiaire an XIV (Sirey, 1806, I, 75), qui a jugé conformément à notre doctrine, en décidant que l'action pour la possession *annale* d'une haie de séparation de deux héritages est *recevable* comme *action possessoire*, et que celui qui a possédé la haie pendant un an révolu, paisiblement, publiquement, et à titre de propriétaire, doit être maintenu dans sa possession ; ce qui oblige par conséquent l'autre partie à prouver, au pétitoire, sa prétention au droit de propriété ou de mitoyenneté.

373. Il arrive quelquefois que ni l'un ni l'autre des héritages n'est clos de toutes parts, mais que l'un d'eux se trouve gardé, du côté où il n'est pas clos, par des fonds de même nature. Par exemple, un pré ou une vigne a une haie de trois côtés, qui la sépare de terres ou pacages non clos, et de l'autre c'est une suite de prés ou de vignes appartenant à divers propriétaires : dans ce cas, y a-t-il présomption de non-mitoyenneté de la haie en faveur du pré ou de la vigne? On le décidait ainsi dans beaucoup de localités, parce que, disait-on, il est vraisemblable que le propriétaire de ce pré ou de cette vigne a élevé la haie à ses dépens, attendu qu'un pré ou une vigne a plus besoin d'être gardé qu'une terre labourable ou un pacage.

Mais le Code n'a pas consacré cette présomption locale de propriété exclusive, quoiqu'elle fût très-raisonnable; il établit, au contraire, en principe, celle de mitoyenneté dans tous les cas où les deux héritages ne sont pas en état de clôture, ce qui doit s'entendre d'une clôture parfaite; et dans tous les cas aussi où ils sont l'un et l'autre clos de tous côtés, n'importe que le genre de leur culture soit semblable ou différent.

374. Cependant, rappelant ce que nous avons déjà fait observer plusieurs fois, soit au sujet de l'ancien *tour d'échelle*, soit au sujet de l'espace au delà du fossé (1), nous dirons aussi à l'égard des haies, que, pour celles qui seraient prouvées avoir été plantées sous l'empire des lois et coutumes anciennes, la présomption légale de propriété exclusive, quoique non confirmée par le Code dans les mêmes cas, ne doit pas moins continuer d'avoir lieu, puisque le droit était acquis lors de sa publication, et que la loi n'a pas d'effet rétroactif (art. 2) : elle n'a pas créé des droits nouveaux, ni abrogé ceux qui existaient ; elle n'a fait que régler l'avenir. Ceux qui ont planté ces haies ont dû se reposer sur les usages alors en vigueur, pour être assurés de leur droit de propriété, et rien ne les obligeait de prendre d'autres mesures.

375. Si, comme on le voit souvent, il existe un fossé joignant la haie, et que la propriété, ou même la mitoyenneté du fossé, situé au delà, ne soit pas contestée au propriétaire de l'héritage du côté duquel est cette haie, ou que celui-ci fasse sa preuve, en cas de contestation, il est bien clair que la propriété exclusive de la haie ne saurait lui être disputée, puisqu'elle est évidemment en entier sur son terrain. Et il en serait de même, quoique le fonds du voisin fût en parfait état de clôture, et que le sien ne le fût pas.

Mais si ce propriétaire ne prouve point, par titre, bornes, ou possession suffisante, qu'il a des droits sur ce fossé, qui se trouve au delà de la haie, du côté du voisin, quand celui-ci les lui conteste, et en prétend lui-même sur la haie, alors il y a réellement difficulté, parce qu'il s'agit de savoir si c'est la haie, ou le fossé, qui fait la séparation des deux héritages.

Ainsi, entre le fonds A et le fonds B se trouve une haie, et joignant cette haie, du côté du fonds B, un fossé : on peut supposer que les deux fonds sont tous deux en état de clôture, ou qu'ils ne le sont ni l'un ni l'autre.

Le propriétaire du fonds A prétend que c'est le fossé qui fait la véritable limite des deux héritages, qu'il est au moins mitoyen, s'il ne lui appartient pas en totalité, et conséquemment que la haie lui appartient exclusivement. Il argumente de ce qui se pratique ordinairement, de l'établissement d'un fossé au delà de la haie, du côté du voisin, pour la garantir; il dit même que le fossé est tracé en tout ou partie sur l'espace que doit laisser celui qui plante une haie, par conséquent sur son terrain; mais il insiste surtout sur la mitoyenneté de ce fossé, ce qui lui attribuerait, comme on vient de le dire, la propriété exclusive de la haie.

Le propriétaire du fonds B répond que ce n'est pas le fossé, mais bien la haie, qui fait la véritable séparation des deux fonds; d'après cela, qu'elle est mitoyenne, parce que les deux fonds sont en état de clôture, ou parce que ni l'un ni l'autre n'est clos ; ou même qu'elle lui appartient exclusivement parce que son hériage seul est clos; et à l'appui de sa prétention, il invoque aussi l'usage de beaucoup de propriétaires, qui pratiquent un fossé en deçà de leur haie pour la mieux faire prospérer, ou pour conduire les eaux dans quelque partie de leur fonds.

(1) Voyez *supra*, n° 316-335.

Dans beaucoup de localités, la prétention du propriétaire du fonds A eût été préférée, parce qu'on y supposait que la haie était enfermée dans le fonds par le fossé, qui était censé, suivant l'usage en vigueur dans ces localités, être la véritable limite des deux héritages, soit qu'il appartînt en propre au maître de la haie, soit qu'il fût mitoyen.

Dans d'autres, même très-rapprochées des premières, on décidait, au contraire, qu'il y avait présomption de propriété du fossé, et, par suite, de la haie, en faveur du maître du fonds B, par cela seul que ce fossé se trouvait de son côté, comme ayant été établi pour assainir le terrain de la haie, et comme n'ayant été pratiqué sur ce fonds que parce qu'elle en était elle-même une dépendance.

On doit encore, sous le Code, observer l'effet de ces présomptions locales pour les haies et fossés établis avant sa publication, suivant ce qui a été dit précédemment. Mais pour les cas nés sous son empire, on doit s'en tenir aux seules présomptions, soit de propriété exclusive, soit de mitoyenneté, qu'il consacre; et comme il a pu arriver que l'un des voisins ait en effet pratiqué le fossé de son côté pour assainir la haie, qui lui appartenait en propre, ou pour faire couler les eaux dans quelque partie de son fonds; comme il a pu se faire aussi que l'autre voisin l'ait établi au delà de la haie, qui était exclusivement à lui, pour la garantir et l'enfermer dans son héritage, il y a réellement difficulté très-grave sous le Code; car on ne peut dire, avec certitude, si c'est la haie ou bien le fossé qui forme la séparation des deux héritages.

D'abord, on sent que, si l'un des fonds seulement est en parfait état de clôture, la haie est censée appartenir à ce fonds, quand bien même, suivant ce qui a été dit plus haut, l'autre serait entouré de fossés de toutes parts; et le fossé qui serait au delà de la haie, du côté de ce dernier fonds, mais tracé sur l'espace que doit laisser celui qui plante une haie (un demi-mètre), serait aussi censé appartenir au propriétaire de la haie, encore que son héritage fût une terre labourable, un bois ou un pacage, quand l'autre serait une vigne ou un pré. La différence du genre de culture n'a point été prise en considération par le Code, dans l'établissement des présomptions de mitoyenneté ou d'exclusion de mitoyenneté. Si ce fossé s'étendait au delà de cet espace, la présomption ci-dessus cesserait quant à ce fossé, qui serait censé mitoyen, à moins que le rejet ne fût d'un seul côté.

Mais si aucun des deux fonds n'est entouré de haies de tous côtés, ou que tous deux le soient, nous pensons que c'est la haie plutôt que le fossé qui doit être censée former la séparation des deux fonds, parce que cette séparation est la véritable clôture, plutôt qu'un fossé, dont bien souvent il reste à peine quelques traces. D'après cela, nous déciderions que la haie est mitoyenne, et que celui des voisins du côté duquel est le fossé, est par conséquent censé en être seul propriétaire. Cette décision néanmoins devrait être modifiée dans le cas où la haie dont il s'agit serait de même essence et de même âge que les autres haies qui entoureraient l'un des deux fonds, et différeraient beaucoup par l'essence ou par l'âge de celles de l'autre fonds : dans ce cas la haie serait censée, selon nous, appartenir au premier fonds, ainsi que le fossé au delà, s'il était creusé sur l'espace qu'on est obligé de laisser en dehors en plantant une haie; pratiqué au delà de cet espace, ce fossé serait censé mitoyen, à moins que le rejet ne se trouvât d'un seul côté : le tout, sauf preuve contraire résultant d'un titre, des bornes ou de la possession suffisante.

376. Les arbres qui sont dans la haie mitoyenne sont mitoyens comme la haie elle-même. (Article 673) (1).

En conséquence leurs fruits et autres produits se partagent entre les copropriétaires.

Mais le partage doit-il avoir lieu par égales portions quand l'arbre, comme il arrive souvent, est plus d'un côté que de l'autre? ou chacun des voisins doit-il prendre les produits qui sont de son côté? C'est assez souvent ce dernier mode de jouissance que les copropriétaires adoptent d'un commun accord, mais cet accord peut ne pas exister ou cesser d'un moment à l'autre.

Il est bien certain que la communauté de l'arbre n'est pas parfaite, qu'elle est seulement *pro diviso, pro regione*, tant qu'il est sur pied (2) :

(1) Code de Hollande, art. 710, § 2.

(2) L. 7, § *ult.*, et L. 8, ff. *de Acquir. rer. domin.*; L. 19, ff. *Commun. divid.* précitées.

d'où il paraît juste de décider que les fruits produits par les branches qui donnent sur l'un des fonds doivent appartenir au maître de ce fonds, d'autant mieux que l'ombrage de ces mêmes branches nuit à cet héritage et non à l'autre, du moins au même degré. Cela répond à l'objection tirée de ce que l'arbre est nourri également par le terrain des deux fonds ; car lors même que cela serait absolument vrai, il n'en est pas moins certain aussi que le fonds du côté duquel les branches sont plus nombreuses et plus étendues, souffre le plus de l'ombrage de l'arbre.

377. D'ailleurs, celui des voisins qui ne serait pas satisfait de cette répartition des produits, peut exiger qu'il soit abattu, suivant la disposition formelle de l'article 673, qui donne ce droit à chacun des propriétaires. Il n'y a même pas à distinguer, en pareil cas, si l'arbre a plus ou moins de trente ans, parce que la prescription n'a point lieu entre ceux qui jouissent en commun, et qui trouvaient chacun leur avantage à jouir de cette manière. Elle ne peut commencer à courir que du moment où l'un d'eux a joui séparément, parce qu'alors il a joui comme propriétaire exclusif (1). (Art. 815-816 combinés.)

378. La circonstance que les deux fonds auraient appartenu au même, et que les arbres existaient déjà dans la haie mitoyenne au moment où s'est opéré le partage de ces mêmes fonds, ou l'aliénation de l'un d'eux, ne ferait non plus aucun obstacle à ce que l'un ou l'autre des voisins pût exiger qu'ils fussent arrachés, quelle que fût leur ancienneté. La destination du père de famille ne peut être invoquée dans ce cas, comme elle pourrait l'être si les arbres n'étaient pas dans la haie elle-même, parce qu'alors il y aurait acquisition du droit de les maintenir ; au lieu que l'existence de la communauté est exclusive de toute idée d'acquisition par l'un des associés sur l'autre. Cette destination a seulement établi la mitoyenneté relativement aux arbres comme relativement à la haie, mais non une servitude réciproque au profit de chacun des copropriétaires sur l'autre. Il n'en est pas d'un arbre ainsi que d'une chose qu'on ne peut partager ou liciter sans grande détérioration des objets dont elle est un accessoire nécessaire, ou sans détriment notable pour l'un des propriétaires, comme un vestibule, une allée, et dont nous avons parlé précédemment, n° 149.

379. Une fois que l'arbre est arraché, la communauté, qui était d'abord *pro diviso, pro regione*, devient *pro indiviso ;* mais s'il était plus d'un côté que de l'autre, le partage du bois devrait se faire dans la même proportion, suivant ce qui a été dit par rapport aux fruits (2).

380. Suivant le droit romain, la propriété d'un arbre s'estimait par le terrain où étaient les racines (3), et telle est la raison pour laquelle l'arbre placé auprès de la limite de deux fonds, et qui avait jeté ses racines dans l'un et l'autre, devenait commun aux deux propriétaires. Mais dans notre droit, la propriété de l'arbre s'estime d'après le lieu d'où sort le tronc, parce que c'est là véritablement l'arbre ; aussi l'art. 673 dit-il que les arbres qui sont dans la haie mitoyenne sont mitoyens comme la haie : or, en disant les *arbres*, cet article a évidemment en vue le tronc, comme étant ce qui constitue réellement l'arbre.

381. Quoique chacun des voisins puisse exiger que les arbres qui sont dans la haie mitoyenne soient arrachés, il ne peut toutefois exiger que la haie elle-même soit détruite.

Nous avons décidé le contraire pour le fossé, et contre le sentiment de M. Pardessus (4) ; mais le cas est bien différent. Quand il ne s'agit que d'un fossé, le voisin peut facilement l'élargir de son côté, du moins ordinairement : aussi avons-nous fait exception pour certains cas ; en sorte qu'il ne peut souffrir de préjudice du parti que prend l'autre voisin, puisqu'il sera maître exclusif du nouveau fossé, s'il juge à propos d'en avoir un. Au lieu que l'établissement d'une haie vive

(1) Ce qui fait qu'il n'y a pas d'opposition avec ce que nous avons dit précédemment, n° 313, que l'un des voisins peut, par des actes ou entreprise sur un mur prétendu mitoyen, en acquérir la propriété exclusive ; car alors il ne reconnaît pas la mitoyenneté : il jouit comme étant seul propriétaire.

(2) Telle est la décision de la L. 83, ff. *Pro socio : Naturali convenit rationi, et postea tantam partem utrumque habere, tam in lapide quam in arbore, quantam et in terrâ habebat.*

(3) 31, INSTIT., *de Rerum divisione.* Voyez Vinnius sur ce paragraphe.

(4) Voyez *supra*, n° 361.

exige beaucoup de temps et de soins ; par conséquent ce serait un dommage réel que souffrirait le voisin, s'il était obligé d'en élever une nouvelle. C'est ce qui répond à l'objection tirée du principe, que nul ne peut être forcé de rester indéfiniment dans l'indivision (art. 815), quand bien même la communauté aurait été le résultat de sa volonté.

382. Mais si la haie était dans un lieu où la clôture est forcée, comme elle l'est en murs, chacun des voisins pourrait contraindre l'autre à la suppression de la haie et à contribuer à la construction d'un mur de clôture. L'art. 663 ne fait aucune exception ; il ne distingue pas entre le cas où il y a une haie sur la ligne séparative, comme cela a presque toujours lieu quand il n'y a pas encore de mur, et le cas où les deux fonds n'ont aucune espèce de clôture. Il dispose de la manière la plus absolue : l'établissement de la haie à frais communs ne devrait point être considéré comme une renonciation au droit de pouvoir invoquer sa disposition dans la suite, mais seulement comme l'emploi d'un mode de clôture que chacun des voisins regardait alors comme suffisant.

383. Au surplus, la haie doit bien être entretenue à frais communs, mais rien n'empêche l'un des copropriétaires d'abandonner la mitoyenneté, pour se dispenser de contribuer dorénavant à son entretien.

384. Celui qui plante une haie est obligé de laisser la distance prescrite par les règlements particuliers actuellement existants, ou par les usages constants et reconnus, et à défaut de règlements et usages, un demi-mètre (environ 1 pied et demi) de distance de la ligne séparative des deux héritages. (Art. 671.)

Cet espace est présumé par cela même lui appartenir, sauf preuve contraire ; et si le voisin ne réclame pas dans les trente ans, la présomption est inattaquable. Il y a prescription de ce terrain, que le propriétaire de la haie a possédé, ne fût-ce qu'au moyen de la haie elle-même.

385. Il est clair que le voisin d'une haie ne peut, contre la volonté de celui à qui elle appartient, la rendre mitoyenne ; car l'espace dont il vient d'être parlé ferait obstacle à sa prétention ; et quand bien même cet espace n'existerait pas de fait, elle ne serait encore point fondée, puisque la loi ne la consacre pas, comme elle le fait pour le mur qui joint le fonds d'autrui (art. 661) ; sauf à lui, dans cette dernière hypothèse, à forcer le maître de la haie à l'arracher, si le temps de la prescription n'est pas écoulé. Les motifs qui ont déterminé la disposition relative à l'obligation de céder la mitoyenneté d'un mur, ne s'appliquent point au cas où il s'agit d'une haie.

§ V.

De la distance à observer dans la plantation des arbres.

SOMMAIRE.

386. *Distance à observer dans la plantation des arbres : texte de l'article* 671.
387. *Comment se calcule la distance.*
388. *Si elle n'a pas été observée, le voisin peut exiger que les arbres soient arrachés.*
389. *Il en serait autrement s'il y avait une sorte de destination du père de famille ;*
390. *Ou s'il s'était écoulé, depuis la plantation des arbres, le temps requis pour la prescription.*
391. *Mais l'on n'a acquis par là que le droit de maintenir les arbres existants, et non celui d'en planter d'autres, quoique de même essence et à la même place : très-controversé.*
392. *Celui sur la propriété duquel avancent les branches du voisin peut contraindre celui-ci à les couper : si ce sont les racines, il peut les couper lui-même.*
393. *On ne peut, d'après le nouveau Code forestier, forcer à l'élagage des arbres des forêts existants actuellement.*
394. *Formalités à suivre lorsque, dans les cas régis par le Code, le propriétaire des arbres ne veut pas faire l'élagage : à la charge de qui sont les frais de la sommation et autres actes qui ont pu avoir lieu.*
395. *Le Code, qui a maintenu les anciens usages locaux relativement à la distance à observer dans la plantation des arbres, ne les a pas également maintenus en ce qui concernait l'obligation, pour le voisin, de souffrir l'avancement de leurs branches.*
396. *Proposition de diverses questions sur la matière.*
397. *Le droit de forcer le propriétaire des arbres*

dont les branches avancent sur le terrain du voisin, à les couper, s'entend même du cas où les arbres se trouvent à la distance prescrite;

398. *Ainsi que du cas où, plantés à une distance moindre, le propriétaire a acquis par prescription le droit de les maintenir.*

399. *Il en est autrement quand le droit de conserver les arbres dans leur état actuel peut être raisonnablement considéré comme le résultat d'une sorte de destination du père de famille.*

400. *Le propriétaire de l'arbre dont les branches avancent sur le terrain d'autrui n'a pas, sous le Code, le droit d'y passer pour aller en recueillir les fruits : controversé; droit romain contraire à cette décision, mais par des motifs qui n'existent pas chez nous.*

386. D'après l'art. 671 (1), « il n'est permis « de planter des arbres de haute tige (2) qu'à la « distance prescrite par les règlements particu- « liers actuellement existants, ou par les usages « constants et reconnus; et, à défaut de règlements « et usages, qu'à la distance de deux mètres de la « ligne séparative des deux héritages, pour les « arbres de haute tige, et à la distance d'un « demi-mètre, pour les autres arbres et haies « vives. »

Ainsi, il faut d'abord observer les règlements particuliers existants, ou les usages constants et reconnus, et, à leur défaut, la distance déterminée par le Code.

Les règlements particuliers et les usages varient non-seulement en raison des localités, mais encore en raison des diverses espèces d'arbres. C'est ainsi, par exemple, que dans tel canton la distance doit être de quinze pieds pour les noyers et châtaigniers, qui y viennent très-gros, tandis que pour les pommiers, poiriers et autres arbres, réputés aussi à haute tige, la distance n'est que de six ou huit pieds.

387. Quand les deux fonds sont séparés par un mur, une haie, un canal ou un fossé mitoyen, la distance se calcule du point milieu du mur, de la haie, du canal et du fossé.

Il en serait de même si c'était un chemin mitoyen qui séparât les héritages, mais non si c'était un chemin public. Dans ce cas, la distance se calculerait à partir du fonds du voisin. Ce serait également de ce fonds qu'elle se calculerait, quoique son propriétaire eût un droit de passage sur le bord de celui où les arbres vont être plantés; car la propriété du sol du chemin n'en demeurerait pas moins au maître de ce dernier héritage.

Enfin, si les deux fonds étaient séparés par un ruisseau, on devrait calculer la distance à partir du point milieu du ruisseau, attendu, comme nous l'avons dit plusieurs fois (3), que le lit des cours d'eau non navigables ni flottables appartient aux riverains, puisque l'île qui y naît leur est attribuée (4). (Art. 561.)

388. Si les règlements et usages locaux n'ont pas été observés, ou, à leur défaut, la distance prescrite par le Code, le voisin peut exiger que les arbres ou haies soient arrachés. (Art. 672) (5).

Il ne le peut toutefois sur le seul prétexte que les arbres, il est vrai, ont bien été plantés à la distance prescrite, mais que, par leur accroissement successif, ils ne se trouvent plus maintenant à cette distance; car la loi a prévu l'accroissement et a calculé l'espace en conséquence.

389. Mais quand même les arbres ne se trouveraient point plantés à la distance prescrite, s'il était prouvé que les deux fonds ont appartenu au même maître, et que les arbres existaient au moment où l'un de ces fonds est sorti de sa main par disposition quelconque, vente, échange, ou partage, on verrait là une sorte de destination du père de famille : on appliquerait, par ana-

(1) Code de Hollande, art. 713.

(2) Tels que les chênes, les ormes, les noyers, les peupliers, les frênes, les châtaigniers, les marronniers, les tilleuls, les aunes, etc.

(3) *Voyez* tome précédent, n° 1232 (421), et *supra* n° 208.

(4) M. Pardessus (n° 194) dit le contraire, sur le fondement que, suivant lui, la nature de cette propriété n'oblige pas chacun des riverains à compter la distance du milieu du ruisseau, mais seulement à partir du bord de la propriété opposée. Il convient cependant, dans un autre endroit de son ouvrage, que le lit du ruisseau appartient aux deux riverains. L'opinion de M. Pardessus aurait généralement pour elle l'intérêt de l'agriculture; mais la nôtre aurait toujours en sa faveur les principes, et, dans plusieurs cas, l'équité; par exemple, propriétaire d'un jardin qui borde un cours d'eau, j'ai intérêt à ce que les branches des arbres du voisin ne viennent pas couvrir ce cours d'eau jusqu'au point où commence mon jardin : l'agrément du cours d'eau en serait singulièrement diminué.

(5) Code de Hollande, art. 714.

logie, l'art. 694, en considérant le droit de maintenir les arbres comme l'effet d'une convention tacite entre les contractants ou les copartageants.

390. De plus, s'il s'était écoulé depuis la plantation des arbres le temps requis pour la prescription, le voisin ne pourrait plus les faire abattre, s'il en avait pu d'ailleurs facilement connaître l'existence parce qu'ils n'étaient point masqués par un mur plein (1). On devrait regarder le droit de les maintenir comme une espèce de servitude, qui, étant continue et apparente, serait susceptible, aux termes de l'art. 690, de s'acquérir par prescription (2).

391. Quelques personnes voient même, dans l'existence des arbres depuis plus de trente ans, un affranchissement, au profit du fonds, d'une servitude légale dont il était tenu en faveur du fonds voisin, et consistant à n'avoir point d'arbres à haute tige à une distance moindre que celle prescrite par la loi ou les usages locaux; et elles tirent de là la conséquence que lorsque les arbres viennent à périr ou à être abattus, il est permis au propriétaire du fonds de les remplacer, dans les trente ans, par d'autres, de même essence, en même nombre et dans le même lieu. M. Pardessus (3) argumente aussi en ce sens de la disposition de l'art. 665 (4), suivant lequel, lorsqu'on reconstruit un mur mitoyen ou une maison, les servitudes actives et passives se continuent à l'égard du nouveau mur ou de la nouvelle maison, sans toutefois qu'elles puissent être aggravées, et pourvu que la reconstruction se fasse avant que la prescription soit acquise. Ce jurisconsulte assimile ainsi l'abatage des arbres et leur remplacement, à la démolition et reconstruction du mur ou de la maison.

Mais, comme nous l'avons déjà fait observer (5), il n'est pas exact de dire qu'il y a servitude dans la prohibition légale de planter des arbres à une distance moindre que celle qui est prescrite : c'est là tout simplement un mode d'exercice du droit de propriété. Ce droit consiste bien dans la faculté d'user des choses de la manière la plus absolue, mais avec cette importante restriction (qui n'est cependant pas une servitude) : Pourvu qu'on n'en fasse pas un usage qui nuirait à autrui. Or, la plantation des arbres contre le fonds du voisin nuirait à ce fonds, par la projection de l'ombre, très-préjudiciable aux récoltes. Ce serait altérer en un point, et par un fait de l'homme, la situation naturelle des lieux, qu'il n'est pas permis de changer, du moins en principe, au détriment du voisin. (Art. 640.) Les servitudes légales ne sont point de véritables servitudes; ce sont seulement des modes d'exercice du droit de propriété, et conséquemment on ne saurait voir dans l'existence des arbres pendant trente ans l'affranchissement d'une servitude, qui n'a jamais existé avec les caractères et les effets attachés aux véritables servitudes. Ce prétendu état de liberté naturelle dans lequel on dit que le fonds est rentré par ce fait, n'est pas reconnu par la loi; il n'existait même pas dans les temps les plus reculés, du moins à Athènes et à Rome, puisque la loi de Solon, adoptée par les Romains (6), défendait également à l'un des voisins de planter, sans le consentement de l'autre, des arbres à une distance moindre de neuf pieds pour les oliviers et les figuiers, et de cinq pieds pour les autres.

Il est bien plus vrai de dire que l'existence des arbres pendant trente ans constitue seulement une prescription à l'effet d'acquérir le droit de les maintenir, ce qui emporte sans doute extinction de l'action qu'avait le voisin pour les faire sup-

(1) Il arrive souvent que le voisin s'accorde verbalement avec le propriétaire d'arbres plantés à une moindre distance que celle qui est prescrite, de souffrir les arbres, moyennant une portion ou la totalité des fruits des branches qui donnent sur son terrain; mais il est plus prudent de faire cet accord par écrit, afin qu'après les trente ans il ne s'élève pas de difficulté à l'égard des fruits eux-mêmes. *Voyez* au surplus ce que nous disons sur ces fruits, *supra*, nº 377 et suiv.

(2) Arrêt de rejet du 27 décembre 1820, rapporté par M. Favard, *Répertoire*, vº *Servitudes*, sect. 3, § 5.—Arrêt de la cour royale d'Orléans, du 10 juillet 1820, et arrêt de rejet du pourvoi, du 9 juin 1823. (Sirey, 1826, I, 176.) C'est aussi le sentiment de M. Pardessus, nº 194; de M. Toullier, t. III, nº 515; et de M. Favard, *loco citato*.

Duval, *de Rebus dubiis, tract.* 8, nº 8, et Mornac, sur la L. 13, ff. *Finium regund.*, ont écrit, au contraire, que la prescription ne peut avoir lieu, parce que l'arbre, dans son commencement, est si petit, que le voisin peut très-bien n'en avoir pas connaissance, et qu'ainsi il est presque impossible d'assigner un point de départ à la prescription

(3) Ainsi que M. Favard.

(4) Code de Hollande, art. 726.

(5) Au sujet des vues. Voyez *supra*, nº 326.

(6) *Voyez* la L. 13, ff. *Finium regund.*

primer, comme dans tout autre cas où l'on a acquis par prescription une servitude sur le voisin, et où l'on a par cela même prescrit contre l'action qu'il avait pour s'opposer à l'exercice de cette servitude ; mais cela ne constitue réellement pas une prescription à l'effet de se libérer ; c'est plutôt une prescription à l'effet d'acquérir : autrement on transformerait, dans tous les cas, la prescription à l'effet d'acquérir en prescription à l'effet de se libérer, puisqu'il est bien évident que l'acquisition du droit par l'une des parties renferme la perte de celui qu'avait l'autre, et éteint ainsi l'action qu'avait cette dernière pour le réclamer.

Toutefois, l'on insiste, et l'on dit : Le droit naturel me permettait de faire sur mon fonds tout ce que j'aurais voulu, pourvu que je ne fisse rien sur le vôtre. Je pouvais en conséquence y planter des arbres très-près de la ligne séparative, en empêchant d'ailleurs leurs branches de s'étendre sur votre terrain, etc. Or, une loi s'y oppose : donc cette loi diminue le libre exercice de mon droit de propriété ; et comme c'est pour l'utilité de votre fonds, il en résulte que le mien est grevé d'une servitude négative, comme si je m'étais soumis moi-même à n'y pas faire telle chose, par exemple, à n'y pas bâtir, ou à n'y pas bâtir au delà de telle hauteur : toute la différence qu'il y a, c'est que la servitude, dans le premier cas, est établie par la loi, qui a consulté à cet égard l'intérêt général ; tandis que dans le second, elle est établie par la volonté des propriétaires, qui ont consulté leur intérêt particulier.

Voilà l'objection dans toute sa force, du moins nous le croyons.

Mais nous y répondons en disant, ainsi que nous l'avons fait précédemment sur un cas analogue (nº 526), que, précisément parce que la loi, en établissant ces prohibitions, a consulté l'intérêt général, il est plus vrai de dire qu'elle a plutôt entendu par là régler l'exercice du droit de propriété, que grever les fonds de servitudes les uns envers les autres. Nous nions que le droit naturel permette à un propriétaire de faire *tout* ce que bon lui semble sur son terrain, dès qu'il en peut résulter un préjudice pour le voisin. Comme chacun, dans ce système, pourrait en faire autant, le tort serait réciproque ; et loin que le droit naturel fût suivi, il serait blessé, puisqu'il n'est rien autre chose que l'équité, et que l'équité veut que les hommes, au lieu de se nuire les uns aux autres, jouissent des biens pour la plus grande utilité de tous, dans la mesure suivant laquelle ils leur sont répartis. C'est véritablement la loi civile qui, par sa sagesse, est la loi naturelle dont on parle.

L'argument que M. Pardessus tire de l'art. 665, pour prétendre que le propriétaire des arbres peut, après les avoir arrachés, en replanter d'autres dans les trente ans, en même nombre, de même espèce, et au même lieu, a beaucoup plus de force que la théorie que nous venons de combattre. Cependant nous croyons qu'on peut y répondre avec succès.

C'est un principe constant que la prescription n'opère que relativement à la chose même dont on a joui, que cette chose soit intellectuelle ou matérielle, n'importe : de là cette règle si connue, *tantùm præscriptum, quantùm possessum*. Or, de quoi a joui le propriétaire des arbres ? qu'a-t-il possédé ? Il a joui de l'avantage d'avoir tels arbres placés en tels lieux, et voilà tout ; il n'a pas pour cela, comme on le prétend, acquis le droit d'avoir perpétuellement des arbres à la même place, mais seulement celui de pouvoir conserver et maintenir les arbres dont il a joui, qu'il a possédés ; et quand ces mêmes arbres viennent à être arrachés, l'on rentre dans le droit commun par la perte de la chose qui faisait la matière de cette espèce de servitude temporaire. Car, autre chose est de souffrir l'existence d'un arbre qu'on pourrait faire arracher, autre chose est de consentir à une servitude perpétuelle. Un arbre, aujourd'hui, ne cause que peu d'incommodité, et procure même de l'agrément ; tandis que la succession indéfinie d'arbres placés dans le même lieu peut devenir très-nuisible au voisin. Qu'on infère de son silence pendant trente ans un tacite consentement de sa part à ce que cet arbre subsiste, soit ; mais on ne peut pas, avec la même raison, en inférer qu'il a entendu se soumettre à souffrir également un autre arbre, puis un autre, et ainsi de suite à perpétuité. Si la prescription a pour effet de punir la négligence de celui contre qui elle s'opère, il n'en est pas moins vrai qu'elle a aussi pour principal fondement son consentement réel ou présumé.

Au lieu que dans le cas prévu à l'article 665,

il y a servitude perpétuelle au profit du bâtiment ou sur le bâtiment, et servitude établie par titre (art. 675), car il n'y a pas de prescription quand la jouissance est commune; cette servitude doit donc se continuer activement ou passivement après la reconstruction de l'édifice, parce que le nouveau mur et la nouvelle maison représentent les premiers : l'exercice de la servitude a seulement été suspendu pendant la démolition. Aussi la loi ne dit-elle pas qu'elle *renaît*, comme elle le dit dans l'art. 704 pour le cas où les choses ayant été dans un état tel qu'on ne pouvait plus user du droit, elles sont ensuite rétablies de manière qu'on peut en user; elle dit, au contraire, que la servitude se *continue*, parce qu'en effet le nouvel édifice est censé représenter l'ancien. Il y a là une sorte d'identité qu'on ne peut voir dans deux arbres qui se succèdent à des temps plus ou moins éloignés : ici ce sont deux arbres véritablement distincts, encore qu'ils fussent de même espèce.

La question a été jugée dans notre sens par la cour royale de Paris (1); et il est même à remarquer que, dans l'espèce, les deux fonds avaient appartenu au même, et que les arbres existaient lors de l'aliénation qu'il fit successivement de ces héritages : d'où résultait la convention tacite que le nouveau propriétaire du fonds sur lequel ils se trouvaient lors de son acquisition, aurait le droit de les y maintenir; mais les ayant abattus, la cour a décidé qu'il ne pouvait, sans le consentement du voisin, en replanter d'autres, quoique à la même place; qu'on était rentré, par l'abatage, dans le droit commun. A plus forte raison en doit-il être ainsi quand le propriétaire des arbres plantés à une moindre distance que celle voulue par la loi, ne peut invoquer, pour avoir le droit de les maintenir, que le secours de la prescription, puisqu'on ne peut pas supposer, avec la même vraisemblance, que le voisin s'est soumis à souffrir toujours des arbres plantés à cette distance. Il subit sans doute l'effet de sa négligence quant aux arbres existants, mais il peut dire à l'autre : *Tantùm præscriptum, quantùm possessum.*

392. Celui sur la propriété duquel avancent les branches des arbres du voisin peut contraindre ce dernier à couper ces branches (2) (art. 672); mais il ne peut les couper lui-même. On a dû craindre que, par malice ou inattention, il ne déshonorât l'arbre, et qu'il ne coupât les branches au delà du point où elles devaient l'être.

Si ce sont les racines qui avancent chez lui, il peut les couper lui-même. (*Ibid.*) L'inconvénient que nous venons de signaler n'était point à craindre à l'égard des racines : le principe que chacun peut faire ce qu'il veut dans son fonds, y creuser, y faire des fouilles (art. 544-552), réclamait donc son application.

393. Malgré les justes motifs invoqués par l'administration forestière, la cour de Paris avait jugé, le 16 février 1824 (3), que l'art. 672 est applicable aussi aux arbres des forêts de l'État, dont les branches se projettent sur les fonds des particuliers. La cour s'est déterminée par la raison que cet art. 672 ne fait aucune distinction entre les forêts de l'État et les autres arbres, et que l'art. 636, qui soumet les bois et forêts en général à un régime particulier, ne s'applique qu'aux droits d'usage existant sur les bois et forêts. En vain l'on représenta à la cour que les arbres seraient déshonorés par l'élagage, et souvent exposés à périr; qu'ils contracteraient du moins des vices qui les rendraient impropres au service de la marine et aux autres constructions, objet qui intéresse si essentiellement le bien général; que de tout temps les forêts ont été soumises à une législation spéciale, et conséquemment qu'on ne peut leur appliquer le Code civil. Ces sages observations ne furent point écoutées; mais du moins cet arrêt a eu un heureux effet : il a averti l'autorité, parce que ce sont presque toujours les abus qui font naître les bonnes lois. Le nouveau Code forestier porte, en effet, par son article 150, que « les propriétaires riverains des bois « et forêts ne peuvent se prévaloir de l'art. 672 « du Code civil pour l'élagage des lisières desdits

(1) Le 23 août 1825. (Sirey, 1826, II, 20.)

(2) A Rome, si l'arbre avançait sur une maison, il devait être arraché ou coupé au pied; si c'était sur un champ, l'on devait couper toutes les branches qui s'étendaient sur ce champ, depuis le sol jusqu'à quinze pieds d'élévation. (L. 1, § 9, ff. *de Arborib. cædend.*) Chez nous on ne distingue pas : quand l'arbre est à la distance prescrite, le voisin ne peut toujours demander que l'élagage au-dessus de son sol; mais il le peut à quelque élévation du sol que soient les branches. Leur ombrage, en effet, ne cesse pas d'être nuisible.

(3) *Voyez* le *Journal du Palais*, tome II, 1824, page 243.

« bois et forêts, si ces arbres de lisières ont plus « de trente ans.

« Tout élagage qui serait exécuté sans l'autorisation des propriétaires des bois et forêts, « donnera lieu à l'application des peines portées « par l'art. 196 dudit Code. »

Et, suivant cet article, « ceux qui, dans les « bois et forêts, auront ébouppé, écorcé ou mu« tilé des arbres, ou qui en auront coupé les prin« cipales branches, seront punis comme s'ils les « avaient abattus par le pied. »

Il importe même de remarquer que ces dispositions ne sont pas seulement applicables aux bois de l'État, elles le sont à tous les bois et forêts en général ; elles sont placées au titre X, intitulé : *Police et conservation des bois et forêts,* et sous la section 1re, dont la rubrique est : *Dispositions applicables à tous les bois et forêts en général.* On peut d'ailleurs se reporter à ce qui a été dit plus haut à cet égard.

394. Dans les cas régis par le Code, si le propriétaire des arbres ne veut pas couper les branches, le voisin peut lui faire sommation de les couper dans un délai déterminé, et, au refus par lui d'y obtempérer, l'assigner pour voir ordonner que cette obligation de *faire* sera exécutée par un autre, à ses dépens, conformément à l'article 1144 (1) ; les frais faits resteront à la charge de ce propriétaire. Le voisin peut même l'assigner directement, mais en observant le préliminaire de conciliation, si l'on n'est point dans un cas d'exception. Quelle que soit, au reste, la voie qu'il emploie, le coût de la sommation ou de la citation en conciliation doit rester à la charge de l'autre voisin, quand bien même il couperait ensuite les branches dans le délai fixé, si le premier l'a prévenu, et en justifie en cas de contestation ; attendu que ne pouvant lui-même couper les branches, c'est la faute de l'autre partie de ne les avoir point coupées, d'après l'avertissement qui lui en avait été donné, quoique verbalement, et d'avoir ainsi rendu nécessaire la sommation ou la citation. Le système contraire gênerait beaucoup l'exercice du droit que la loi reconnaît au voisin, de forcer le maître des arbres à en couper les branches qui s'avancent sur son sol : on préférerait souvent en souffrir l'incommodité, plutôt que de supporter les frais d'une sommation ou d'une citation en conciliation, parce que le propriétaire des arbres, par négligence ou obstination, ne les émonderait pas. C'est assez que, dans son seul intérêt, la loi ait modifié l'exercice du droit de propriété du voisin, en l'empêchant de couper les branches lui-même, de faire sur son sol ce que bon lui aurait semblé, sans que le fait de l'autre puisse lui nuire autrement. On est responsable du tort que l'on cause à autrui par sa faute : or, la réparation, dans le cas dont il s'agit, consiste à affranchir le voisin du coût d'un acte qu'il a été obligé de faire. Mais si celui-ci n'a pas averti le maître des arbres, ce dernier a pu croire que le voisin tolérait les branches sur son terrain ; et dans le cas où il obéirait de suite à l'injonction qui lui serait faite de les couper, il ne devrait point supporter les frais de la sommation ou de la citation en conciliation. Il ne devrait non plus aucuns dommages-intérêts, à raison du préjudice que le voisin prétendrait avoir souffert dans ses récoltes par l'ombrage des arbres : le droit qu'avait celui-ci de faire couper les branches dont il s'agit fait présumer, tant qu'il a gardé le silence, qu'elles ne lui nuisaient pas. Il ne pourrait donc invoquer la disposition générale de l'art. 1382.

395. Le Code, qui a maintenu les anciens règlements et usages locaux, relativement à la distance à laisser dans la plantation des arbres, n'en a pas également prescrit l'observation par rapport aux branches qui s'étendent sur le fonds du voisin : le droit de forcer le propriétaire des arbres à couper ces branches a donc lieu aussi dans les pays où l'on suivait un usage contraire, encore que les branches fussent déjà très-anciennes lors de la publication du Code (2). Ce n'est point pour cela lui donner un effet rétroactif, car la simple tolérance de la loi ancienne n'a pas attribué au propriétaire des arbres un droit irrévocable, s'étendant au delà du temps où subsisterait encore cette même loi, mais bien seulement une faculté mesurée sur le temps pendant lequel elle exercerait son empire (3) ; et la pres-

(1) Code de Hollande, art. 1277.

(2) Arrêt de cassation du 31 décembre 1810. (Sirey, 1811, 1, 81.)

(3) Ce cas est, en effet, différent de ceux relatifs au *tour d'échelle*, au fossé, à la haie, et dont nous parlons sous les nos 316, 355, 374.

cription n'a pu être invoquée en raison d'une jouissance qu'elle autorisait, et que l'autre partie ne pouvait empêcher.

396. Mais en serait-il de même des branches qui régneraient depuis plus de trente ans sur le fonds du voisin, dans les pays où il n'existait point d'usage constant qui obligeât celui-ci à les souffrir?

En serait-il de même aussi à l'égard des branches d'arbres plantés à une distance moindre que celle voulue par les règlements ou usages locaux, arbres que le propriétaire a acquis, par la prescription, le droit de maintenir?

Enfin, du cas où ces arbres doivent être maintenus par l'effet d'une convention expresse ou tacite dans le partage de deux fonds, ou dans l'aliénation de l'un d'eux par celui qui était propriétaire de l'un et de l'autre?

397. D'abord, il est bien certain que le droit de forcer le propriétaire des arbres dont les branches avancent sur le terrain d'autrui, à couper ces branches, s'entend même du cas où ces arbres sont plantés à la distance prescrite ; car lorsqu'ils ne le sont pas, comme on peut contraindre le voisin à les arracher, du moins en général, il est clair que la loi n'aurait pas de sens, ou du moins qu'elle n'aurait qu'une application très-rare, si on ne l'entendait que des arbres plantés à une distance moindre. Or, le législateur statue sur les cas les plus fréquents, surtout quand il établit une règle, comme il l'a fait par l'art. 672, où il dispose de la manière la plus générale et la plus absolue.

398. De même, dans le second cas, la question ne doit pas moins, selon nous, être décidée contre le propriétaire des arbres; car l'effet du droit acquis de maintenir ceux qui sont à une moindre distance que celle prescrite, doit être assimilé à l'effet de la loi quand les arbres ont été plantés à la distance voulue par elle : dans l'un et l'autre cas, il y a droit de maintenir les arbres, il est vrai, mais il ne s'ensuit pas que le voisin soit tenu de souffrir que leurs branches s'étendent sur son terrain. Il n'en est pas des branches d'un arbre comme de l'arbre lui-même : la prescription ne peut pas faire acquérir le droit de les maintenir dans l'état où elles se trouvent actuellement, parce que leur accroissement successif ne permet pas, comme pour l'arbre, de déterminer positivement le moment où commence pour le voisin le droit de se plaindre, ce qui est un obstacle à la prescription. Quand il n'est question que de l'arbre planté à une distance insuffisante, le voisin peut facilement le voir et s'en plaindre ; tandis que lorsqu'il s'agit des branches, il lui est pour ainsi dire impossible de suivre de l'œil leur accroissement imperceptible pour juger d'une manière précise s'il est dans le cas de réclamer ; en sorte qu'on ne pourrait qu'arbitrairement fixer le point de départ de la prescription. On conçoit, d'après cela, que la loi a dû être plus facile à admettre l'acquisition, par ce mode, du droit de maintenir l'arbre, que celle du droit de maintenir les branches.

399. Quant à la troisième question, nous donnons une solution différente, fondée sur la considération que les copartageants ou les contractants ont vraisemblablement entendu que les arbres resteraient dans l'état où ils se trouvaient au moment où l'un des héritages est sorti de la main de celui qui les possédait tous deux, et avec l'accroissement que les branches des arbres pourraient prendre par la suite ; car il n'est pas naturel de supposer que celui qui recevait un de ces fonds avec des arbres plantés à une distance plus ou moins rapprochée de l'autre, ait entendu qu'on pourrait ensuite le forcer à les mutiler et déshonorer par l'émondage : c'est là une question d'interprétation de contrat, et cette interprétation doit être faite en sa faveur.

400. Il n'arrive pas toujours, même dans les cas ordinaires, que le voisin sur le fonds duquel s'étendent les branches des arbres de l'autre, force ce dernier à les couper; mais alors que doit-on décider relativement aux fruits de ces branches?

M. Pardessus (nº 196) dit que celui sur le terrain duquel elles s'étendent, n'a pas le droit d'en cueillir les produits ; que cette faculté pourrait, à la vérité, être présumée l'effet d'un consentement du propriétaire de l'arbre, en indemnité de ce que le voisin n'aurait pas encore exigé qu'il fût élagué, ce qui le rendrait non recevable

à réclamer le prix des fruits ainsi perçus ; mais qu'elle ne formerait pas un titre permanent, qu'elle serait toujours révocable dans la suite. Les statuts locaux qui donnaient ce droit sont abolis, dit-il, par la loi du 30 ventôse an XII (1) : les fruits sont la propriété exclusive du maître de l'arbre, conformément à l'art. 546 ; il a même le droit d'obtenir le passage sur son voisin pour venir les ramasser dans un bref délai, en payant, s'il y a lieu, une indemnité, parce que c'est là une obligation de bon voisinage.

Nous ne saurions partager le sentiment de M. Pardessus sur ce dernier point. Nous tombons d'accord que les fruits des branches qui règnent sur le terrain du voisin appartiennent au maître de l'arbre, et que le voisin n'a pas le droit de les cueillir sur l'arbre même, sauf à lui à forcer l'autre à en couper les branches ; mais nous ne croyons pas que, dans l'état actuel de la législation, le maître de l'arbre ait le droit de venir sur la propriété du voisin pour y ramasser les fruits, même en payant l'indemnité, hypothèse dont parle M. Pardessus : aucune disposition du Code ne lui attribue ce droit, et si les anciens usages qui donnaient les fruits au voisin sont abrogés, ceux qui conféraient au propriétaire de l'arbre le passage dont il s'agit, ne le sont pas moins. Ce serait une occasion de disputes et de rixes, que l'on avait sagement voulu prévenir dans plusieurs localités de notre ancienne France, en donnant au voisin le droit de prendre les fruits dont il est question : dans quelques autres ils se partageaient. Personne, en un mot, n'a le droit de venir dans mon fonds sans mon aveu ; nous rejetons même la distinction que fait à cet égard un autre auteur, entre le cas où ce fonds est clos et le cas contraire : dans aucun la loi actuelle ne donne ce droit de passage.

Sans doute s'il y est venu, il n'aura pas commis un vol en ramassant ces fruits, puisque ce ne sera pas ma chose qu'il aura prise ; mais je puis m'opposer à ce qu'il entre chez moi, et l'actionner avec succès s'il y est entré, mon fonds étant préparé et ensemencé, quand même il ne serait pas clos, ou le faire condamner aux peines de police portées par les art. 475-15°, et 475-9° du Code pénal, sans préjudice des dommages-intérêts : je dois même, dans les autres cas, et s'il y est entré malgré ma défense, pouvoir obtenir aussi des dommages-intérêts pour violation de mon droit de propriété.

Et quant aux fruits eux-mêmes, une fois tombés, le voisin peut les prendre comme chose trouvée sur son fonds, comme chose présumée abandonnée en indemnité du tort que lui cause l'ombrage des branches. En ce sens, nous rentrons parfaitement dans la première partie de l'opinion de M. Pardessus. De plus, il ne serait tenu à aucune restitution quand même le propriétaire de l'arbre lui aurait défendu de les ramasser, et en cela nous différons du sentiment de ce jurisconsulte. Que ce propriétaire les cueille comme il pourra, ou s'il ne le peut et ne veut pas que le voisin en profite, qu'il coupe ses branches, et tout rentrera dans l'ordre accoutumé.

Le droit romain, nous ne l'ignorons pas, était contraire à cette décision : d'après la loi 9, § 1, ff. *ad exhibendum*, le propriétaire d'un chêne dont le gland était tombé sur le fonds du voisin, et que celui-ci avait fait disparaître par dol, avait contre lui l'action dite *ad exhibendum*, afin qu'il le produisît ou payât les dommages-intérêts. Il l'avait également si le gland était encore sur le champ, dont le maître ne voulait pas lui permettre l'entrée pour aller l'y ramasser, de même que si sa matière avait été transportée par une cause quelconque sur ce champ et qu'on lui en eût refusé l'entrée.

Enfin, la loi lui donnait également, dans ce cas, l'interdit *de glande legendâ*, pour qu'il pût, dans les trois jours, ramasser le gland, à la charge de garantir le propriétaire du champ de tout dommage. Mais tout cela était conforme aux autres principes de la matière, qui sont loin d'être les mêmes chez nous.

En effet, à Rome, le voisin était obligé de souffrir les branches qui étaient à quinze pieds au-dessus de son sol, quand d'ailleurs l'arbre était planté à la distance prescrite (2) : d'où il suivait que le propriétaire de l'arbre avait à cet égard, sur le fonds voisin, une sorte de servitude légale, qui lui donnait le droit de forcer le maître de ce

(1) Qui réunit en un Code toutes les lois dont se compose le Code civil, et qui abroge (art. 7) les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, dans les matières qui sont l'objet des lois composant le présent Code.

(2) L. 1, § 9, ff. *de Arborib. cædend.*

fonds, ou à représenter les fruits, ou à souffrir qu'il allât les y ramasser. Chez nous, au contraire, le propriétaire d'un arbre n'a pas, malgré le voisin, le droit d'en laisser les branches s'avancer sur le terrain de celui-ci, à quelque hauteur qu'elles soient élevées, quand bien même les arbres seraient plantés à la distance voulue par la loi, ou, dans le cas contraire, quoiqu'il se fût écoulé plus de trente ans depuis leur plantation; en sorte qu'il n'y a pas de servitude légale à cet égard, conséquemment il n'y avait point à en régler le mode d'exercice comme à Rome. Nous sommes donc toujours dans les termes du droit commun : or, le droit commun défend à qui que ce soit d'entrer dans mon fonds sans mon aveu; tous statuts et usages contraires sont abrogés par la loi du 30 ventôse an XII, puisqu'ils n'ont point été conservés par le Code, et que le Code régit la matière sur laquelle s'élève la question.

§ VI.

De la distance à observer et des travaux intermédiaires requis dans certaines constructions.

SOMMAIRE.

401. *Texte de l'article* 674.

402. *Diverses dispositions de la coutume de Paris relativement aux travaux à faire pour la construction de certains ouvrages.*

401. « Celui, dit l'article 674 (1), qui fait « creuser un puits ou une fosse d'aisances près « d'un mur mitoyen (2) ou non;

« Celui qui veut y construire cheminée ou âtre, « forge, four ou fourneau,

« Y adosser une étable,

« Ou établir contre ce mur un magasin de sel, « ou amas de matières corrosives,

« Est obligé de laisser la distance prescrite par « les règlements et usages particuliers sur ces « objets, ou à faire les ouvrages prescrits par les « mêmes règlements et usages, pour éviter de « nuire au voisin. »

402. Les articles 188 et suivants de la coutume de Paris contenaient à cet égard plusieurs dispositions qu'on peut encore regarder comme réglementaires, du moins dans les lieux où cette coutume étendait son empire. Ils ont été fort bien expliqués par Desgodets, dans son ouvrage ayant pour titre : *Lois des bâtiments;* et bien que, à l'exception du dernier, ces articles ne s'occupassent que du cas où le mur était mitoyen, néanmoins le Code portant aussi la même règle à l'égard de celui qui ne l'est pas, on ne devrait pas moins suivre les dispositions de cette coutume pour l'un comme pour l'autre.

Ces articles étaient ainsi conçus :

Art. 188. « Qui fait étable contre un mur mi- « toyen, il doit faire contre-mur de huit pouces « d'épaisseur, de hauteur jusqu'au rez de la man- « geoire.

Art. 189. « Qui veut faire cheminées et âtres « contre le mur mitoyen, doit faire contre-mur « de tuilots, ou autre chose suffisante, de demi- « pied d'épaisseur.

Art. 190. « Qui veut faire forge, four ou four- « neau contre le mur mitoyen, doit laisser demi- « pied de vide et intervalle entre deux, du mur, « du four ou forge; et doit être ledit mur d'un « pied d'épaisseur.

Art. 191. « Qui veut faire aisances de privés, « ou puits contre un mur mitoyen, il doit faire « contre-mur d'un pied d'épaisseur. Et où il y a « de chacun côté, puits d'un côté et aisances de « l'autre, suffit qu'il y ait quatre pieds de ma- « çonnerie d'épaisseur entre deux, comprenant « les épaisseurs des murs d'une part et d'autre. « Mais entre deux puits suffisent trois pieds « pour le moins.

Art. 192. « Celui qui a place, jardin ou autre « lieu vide, qui joint immédiatement au mur « d'autrui, ou à mur mitoyen, et y veut faire « labourer et fumer, il est tenu de faire contre- « mur de demi-pied d'épaisseur, et s'il y a terres « jectisses (3), il est tenu de faire contre-mur « d'un pied d'épaisseur. »

L'art. 674 du Code ne parle pas expressément de ce cas, mais on peut le regarder comme compris dans ces termes : *ou établir contre ce mur... amas de matières corrosives;* car les terres et le fumier, jetés successivement par le labourage contre le mur, le dégraderaient par leur humidité.

(1) Code de Hollande, art. 703.

(2) Voyez *supra*, nos 329 et suivants.

(3) C'est-à-dire qui ont plus d'élévation, et qui sont par cela même sujettes à se *jeter* contre le mur.

§ VII.

Des vues sur la propriété du voisin sans une constitution de servitude.

SOMMAIRE.

403. Il existe deux principales sortes de vues : les jours libres et les jours à verre dormant.

Les jours libres eux-mêmes sont de deux espèces : les vues droites ou fenêtres d'aspect, qui s'exercent par des ouvertures faites dans un mur parallèle à la ligne séparative des deux héritages ; et les vues de côté ou obliques.

404. On a dit précédemment (1) que, d'après l'art. 675, l'un des copropriétaires d'un mur mitoyen ne peut, sans le consentement de l'autre, pratiquer dans ce mur aucune fenêtre ou ouverture en quelque manière que ce soit, même à verre dormant.

405. Mais le propriétaire d'un mur non mitoyen, joignant même immédiatement l'héritage d'autrui, peut pratiquer dans ce mur des jours ou fenêtres à fer maillé et verre dormant.

Ces fenêtres doivent être garnies d'un treillis de fer dont les mailles auront un décimètre (environ 3 pouces 8 lignes) d'ouverture au plus, et d'un châssis à verre dormant (art. 676) (2), c'est-à-dire qui ne s'ouvre pas.

Ces fenêtres ou jours ne peuvent être établis qu'à 26 décimètres (8 pieds) au-dessus du plancher ou sol de la chambre qu'on veut éclairer, si c'est le rez-de-chaussée, et à 19 décimètres (6 pieds) au-dessus du plancher, pour les étages supérieurs. (Art. 677) (3).

Au moyen de ces précautions, il n'est pas à craindre que le propriétaire du bâtiment puisse voir ce qui se passe chez le voisin. Il n'a réellement pas vue sur le fonds de celui-ci, *sed tantum e cœlo lumen accipit.*

S'il s'agit d'éclairer un escalier établi contre le mur, on peut donner à la base de la fenêtre la direction ascendante de l'escalier, en observant la hauteur prescrite ; mais si cette base est parfaitement horizontale, elle n'en doit pas moins être également à cette hauteur dans sa partie correspondante avec le point le plus élevé de l'escalier.

406. En thèse générale, lorsque le mur parallèle à la ligne séparative des deux fonds en est à moins de 6 pieds de distance, on ne peut, sans le consentement du voisin, avoir d'autres vues que celles dont il vient d'être parlé.

Il y a toutefois une importante différence entre le cas où le mur joint immédiatement le terrain du voisin et celui où il ne le joint pas (4).

Dans le premier cas, le voisin peut, nonobstant l'existence des jours à fer maillé et verre dor-

(1) No 333.
(2) Code de Hollande, art. 692.
(3) Code de Hollande, art. 693.
(4) Voyez *supra*, nos 324, 325.

mant qui s'y trouvent, et n'importe le temps depuis lequel ils existeraient, acquérir la mitoyenneté et les faire boucher, suivant les dispositions des art. 661 et 675, combinés.

Au lieu que, dans le second cas, il n'a pas cette faculté, parce qu'elle n'est accordée qu'à celui qui joint le mur.

Il ne l'aurait pas non plus, selon nous, quand bien même il joindrait le mur, s'il existait dans ce mur des fenêtres ouvrantes depuis le temps nécessaire à l'acquisition du droit de les maintenir par le moyen de la prescription. Dans ce cas, il y aurait servitude de vue acquise, comme si c'était par titre ou par l'effet de la destination du père de famille. On peut se reporter à ce que nous avons dit à cet égard (1).

407. Quant aux vues libres ou fenêtres ouvrantes, la loi a considéré qu'elles ne pourraient souvent s'exercer sur l'héritage d'un tiers sans dommage, ou au moins sans incommodité pour lui. En conséquence elle a modifié en ce point l'exercice du droit de propriété dans la main de celui qui voudrait pratiquer ces vues, mais sans que pour cela, dans notre opinion, elle lui ait imposé une servitude : son héritage n'en est pas moins *libre* (2).

Suivant l'art. 678 (3), « on ne peut avoir des « vues droites ou fenêtres d'aspect, ni balcons « ou autres semblables saillies, sur l'héritage « clos ou non clos de son voisin, s'il n'y a 19 décimètres (6 pieds) de distance entre le mur où « on les pratique et ledit héritage. »

408. Cette distance se compte depuis le parement extérieur du mur où l'ouverture se fait, jusqu'à la ligne séparative ; et s'il y a balcons ou autres semblables saillies, depuis leur ligne extérieure jusqu'au point de séparation des deux fonds. (Art. 680) (4).

Les balcons ou autres *semblables* saillies sont des moyens propres à faciliter la jouissance des vues, et ce n'est que sous ce rapport qu'il en est question dans les articles ci-dessus, comme le démontre la rubrique de la section sous laquelle ils sont placés : *Des vues sur la propriété du voisin.* D'où il suit : 1° que d'autres saillies, telles que des corbeaux, une corniche, l'avancement d'un toit, etc., ne sont pas soumises à ces dispositions ; il suffit qu'elles n'avancent pas sur le terrain du voisin ; 2° lors même qu'il y aurait des fenêtres d'aspect dans le mur où seraient ces saillies, la distance ne devrait pas se calculer depuis leur ligne extérieure, mais bien à partir du parement du mur, ou de la ligne extérieure des balcons ou autres *semblables* saillies, pratiquées pour faciliter la jouissance de la vue et la rendre plus agréable.

Quand les deux héritages sont séparés par un mur, une haie ou un fossé, si ce mur, cette haie ou ce fossé appartient exclusivement au propriétaire du mur dans lequel sont pratiquées les vues, ou au voisin, son existence est indifférente, sauf ce qui va être dit n° 411 : la distance se calcule toujours à partir du parement extérieur du mur où sont les vues, ou des balcons, s'il y en a, jusqu'au point où commence la propriété du voisin de ce côté ; mais si le mur, la haie ou le fossé est mitoyen, elle se calcule à partir du point milieu de ce mur, de cette haie ou de ce fossé, dans leur épaisseur ou largeur.

409. La disposition qui interdit à l'un des voisins d'avoir des fenêtres d'aspect à moins de 6 pieds de distance dé l'héritage de l'autre, sans le consentement de celui-ci, a lieu quelque part que soit situé cet héritage, et qu'il soit déclos ou clos, n'importe ; et elle n'admet aucune exception résultant des circonstances (5). Mais cependant, pour qu'elle soit applicable faut-il du moins que les vues soient sur l'héritage du voisin. Or, si celui qui les pratique construit aussi chez lui un autre mur assez élevé pour empêcher qu'il ne voie de ses fenêtres dans cet héritage, alors il n'y a pas nécessité pour lui d'observer la distance de 6 pieds entre ledit héritage et le mur où elles sont pratiquées ; car les vues sont sur le mur intermédiaire, et non sur le fonds du voisin. Mais s'il abaissait ensuite ce mur de manière à pouvoir exercer la vue sur ce fonds, le principe reprendrait son empire, quand bien même le premier état de choses aurait subsisté pendant

(1) Voyez *supra*, n° 326.
(2) *Ibid.*, et n° 146.
(3) Code de Hollande, art. 695.
(4) Code de Hollande, art. 697.
(5) Arrêt de la cour de cassation, du 5 décembre 1814. (Sirey, 1815, 1, 49.)

plus de trente ans : la prescription ne commencerait à courir que du jour du changement.

410. M. Pardessus (1) le décide même ainsi, d'après Desgodets (2), dans le cas où le mur qui fait la séparation des deux fonds, et qui est plus élevé que les vues, appartient au voisin, « parce « que, dit-il, la hauteur du mur empêcherait de « voir sur l'héritage de celui-ci. Cette restric- « tion n'a pas besoin d'être dans le texte de la « loi; elle dérive du principe que nul ne peut « réclamer l'exercice d'une servitude (3) s'il n'y « a intérêt : mais dans le cas où le voisin abais- « serait son mur, ces vues devraient être suppri- « mées. Nous ne pensons même pas que la pres- « cription servît à les acquérir; cependant le « plus sûr serait de l'interrompre. » Comme l'empêchement d'agir était de droit, faute d'intérêt, la prescription n'a pu courir contre le voisin, tant qu'il n'avait pas acquis cet intérêt en abaissant son mur.

411. Le propriétaire joignant un mur a la faculté de le rendre mitoyen (art. 661); s'il le faisait à l'égard du mur intermédiaire dont il vient d'être parlé n° 408, il serait possible alors que la distance ne fût plus de 19 décimètres à partir du point milieu de ce mur. M. Pardessus aussi prévoit cette difficulté, et il la résout en disant que celui qui vend la mitoyenneté du mur doit faire constater l'existence antérieure de ses vues, et, si le voisin n'y consent pas, ne point vendre sans cette mention, que les tribunaux ne pourraient refuser : l'équité en fait une loi; que si même la mitoyenneté était vendue sans réserve expresse, le seul fait que l'existence des vues était antérieure à la convention qui aurait rendu mitoyen le mur parallèle, serait un titre suffisant. Nous partageons ce sentiment. L'obligation de céder la mitoyenneté est en partie fondée sur le principe, que l'on ne doit pas se refuser à être utile à autrui quand on le peut sans en éprouver soi-même de préjudice : or, dans l'espèce, le propriétaire du bâtiment en éprouverait un très-grave, si la cession de la mitoyenneté avait pour résultat de le forcer à fermer ses jours, qu'il avait pratiqués sur la foi de la loi et en observant son prescrit. Si nous décidons le contraire, avec la cour de cassation, quand il ne s'agit que de simples jours à fer maillé et verre dormant (4), c'est parce que ces jours n'étant établis qu'en vertu d'une tolérance de la loi, on doit s'attendre, en les pratiquant, à se voir obligé à les boucher un jour, quand le voisin voudra acquérir la mitoyenneté. Ils ne doivent point être, en effet, un obstacle à cette acquisition, autrement rien ne serait plus aisé que d'éluder le vœu de la loi à cet égard. Au surplus, si la maison venait à être détruite, on rentrerait dans le droit commun (5).

412. Il s'élève encore sur ce point une difficulté grave quand l'espace intermédiaire est un terrain public, un chemin ou une rue qui a moins de 6 pieds de largeur : dans ce cas, la distance ordinaire doit-elle être observée? Au premier coup d'œil il semble que l'affirmative ne saurait être douteuse, attendu que l'art. 678 décide, sans distinction, qu'il doit y avoir au moins 19 décimètres de distance entre le mur dans lequel on pratique les vues et l'héritage du voisin; car si, lorsque cette distance est moindre, on ne peut avoir ces vues quoiqu'on soit propriétrire du terrain intermédiaire, par la même raison il en doit être ainsi lorsque l'on n'a sur ce terrain que l'usage qui appartient à tous les citoyens. La vue, dans ce cas, ne s'exercerait pas moins, en effet, sur le fonds du voisin, comme la loi suppose qu'elle s'exercerait dans le premier cas : les inconvénients seraient les mêmes. Ces motifs avaient déterminé M. Pardessus à adopter cette manière de voir dans les deux premières éditions de son ouvrage (6), et, nous l'avouerons, le texte

(1) N° 204 de son Traité.

(2) Sur l'art. 202 de la coutume de Paris, n° 10.

(3) On a vu que nous ne sommes pas d'accord avec M. Pardessus sur la réalité de la servitude au profit du voisin; mais ici la différence d'opinion ne porte pas sur le fond de la chose : nous pensons comme lui que le défaut d'intérêt rend ce voisin non recevable à se plaindre tant que son mur existera en cet état. *Malitiis non est indulgendum.*

(4) Voyez *supra*, n° 325.

(5) C'est aussi l'opinion de M. Delvincourt, qui décide le premier cas comme nous.

(6) *Voy.* le n° 204 de la 5e édition. Cependant, relativement à la plantation des arbres, ce jurisconsulte décidait, et décide encore, que, lorsque les deux fonds sont séparés par un ruisseau, la distance doit se calculer, non pas du milieu du lit jusqu'au point où sont plantés les arbres, mais de ce point jusqu'à l'autre rive, quoiqu'il convienne d'ailleurs que le lit du cours d'eau appartient aux riverains par une sorte de mitoyenneté. Voyez *supra*, nos 208 et 387, note.

de la loi militait en faveur de son opinion.

Mais il dit que, n'ayant point été partagée par MM. Toullier (1) et Delvincourt (2), il a cru devoir se ranger à leur avis, attendu que les rues et voies publiques, quelle qu'en soit la largeur, sont offertes à l'usage de tous les citoyens; que non-seulement on peut, mais on doit y avoir des fenêtres ; autrement l'aspect des villes ferait horreur, et l'on serait sans cesse entre des murs qui ne présenteraient qu'un aspect hideux, et des habitations qui seraient autant de prisons (3). Celui, poursuit-il, qui ouvre sur la rue ou passage public, ne peut d'ailleurs être réputé ouvrir que sur ce qui est public, et, à vrai dire, ce n'est plus l'héritage situé au delà de cette rue ou passage qu'on peut appeler l'héritage voisin (4).

Nous nous rangeons à ce sentiment, comme plus conforme à l'esprit de la loi que le premier (5).

413. Quant aux vues de côté ou obliques (6), on ne peut, d'après l'art. 679, en avoir sur l'héritage d'autrui, s'il n'y a 6 décimètres (2 pieds environ) de distance.

Dans ce cas, la distance ne se calcule pas, comme le dit inexactement l'article 680, à partir du *parement extérieur du mur* où l'ouverture se fait, jusqu'à la ligne séparative des deux fonds, puisque ce mur joignant ordinairement, par l'une de ses extrémités, le fonds voisin, on ne pourrait par cela même y pratiquer aucune fenêtre ouvrante, même à 40 pieds de ce fonds, ce qui serait absurde : elle se calcule à partir du jambage ou montant de la fenêtre, du côté dudit fonds, jusqu'à cet héritage.

Mais s'il y a balcon ou autre semblable saillie sur laquelle on puisse se placer, la distance doit se calculer comme pour les vues droites ou fenêtres d'aspect (7).

§ VIII.

De l'égout des toits.

SOMMAIRE.

414. *De quelle manière on doit construire des toits quand on n'a pas la servitude d'égout sur le terrain du voisin.*
415. *Suite.*

414. Tout propriétaire doit établir des toits de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son terrain ou sur la voie publique. Il ne peut les faire verser sur le fonds de son voisin (article 681), sans une concession de servitude, de l'espèce de celle qu'on appelle dans le langage du droit, *stillicidii recipiendi,* et dont nous parlerons au chapitre suivant, en traitant des servitudes établies par le fait de l'homme.

415. De ce principe, il résulte que si la maison, ou le bâtiment quelconque, joint immédiatement le terrain d'autrui, le toit ne doit faire aucune saillie pour y déverser les eaux. Il y en a une autre raison, c'est que ce serait s'attribuer sur le voisin la servitude *projiciendi*. Il faut donc entourer le toit d'un tuyau ou conduit qui ramasse les eaux de manière que l'égout soit sur notre terrain ou sur la voie publique ; et encore ce conduit ne doit pas tomber à plomb sur le sol du voisin, car la propriété du sol emportant indéfiniment celle du dessus comme celle du dessous (art. 552), ce voisin serait en droit de demander la suppression du conduit.

§ IX.

Du droit d'exiger un passage sur le fonds d'autrui dans un certain cas.

SOMMAIRE.

416. *Texte de l'art. 682, relatif au droit d'exiger un passage.*
417. *Pour pouvoir réclamer un passage, il faut qu'il y ait nécessité.*
418. *La loi n'accorde pas le droit d'exiger la cession d'un fossé ou d'un canal pour la conduite des eaux d'un fonds à un autre.*
419. *Le motif tiré d'une abréviation du trajet à parcourir pour aller d'un fonds à tel chemin, ne suffit pas pour pouvoir forcer le voisin à céder un passage.*

(1) Tome III, page 444.
(2) Tome I, page 360.
(3) Cochin, tome III, pag. 205.
(4) Bourjon, liv. IV, tit. 1, *des Servitudes*, part. II, ch. XII sect. 2, n° 9. — Desgodets et les autres commentateurs de l'article 202 de la coutume de Paris.
(5) Mais pour la plantation des arbres, aucune circonstance ne peut motiver l'inobservation de la distance prescrite. Voyez *supra*, nos 386 et suivants.
(6) C'est-à-dire quand le mur dans lequel on les pratique fait angle droit avec le fonds voisin.
(7) Desgodets le décidait ainsi.

420. *Quand c'est par son fait que celui dont le fonds se trouve enclavé n'a pas d'issue sur la voie publique, il ne peut réclamer de passage que sur les fonds de ceux avec lesquels il a traité : distinctions à faire relativement à l'indemnité qui pourrait leur être due.*
421. *Suite.*
422. *Quand c'est par force majeure que le fonds se trouve sans issue, le passage peut être exigé même pour des héritages clos, même par une cour.*
423. *Régulièrement le passage doit être pris du côté où le trajet à la voie publique serait le plus court, et par l'endroit où il serait le moins dommageable.*
424. *Suite.*
425. *Dans certains cas, la règle que le passage doit être pris du côté où le trajet à la voie publique serait le plus court, peut même fléchir dans l'intérêt de celui qui le réclame.*
426. *La loi n'oblige point à céder la propriété du terrain, mais seulement un droit de passage.*
427. *Comment se règle l'indemnité.*
428. *Sa base est, non l'avantage que peut procurer le passage à celui qui le réclame, mais le préjudice qu'en doit éprouver celui qui l'accorde.*
429. *L'action pour l'obtenir est prescriptible, et le passage n'en doit pas moins être continué.*
430. *Mais ce serait à celui qui l'exerce, à prouver que le passage était nécessaire, au moins à l'époque où la prescription de l'indemnité a commencé son cours.*
431. *Une fois que le passage est accordé, il y a servitude établie par le fait de l'homme : auparavant, il n'y avait que la servitude légale de pouvoir se le faire céder.*
432. *S'il n'y a de cédé que le droit de passage, et non le terrain sur lequel il s'exerce, le cessionnaire ne peut le faire servir à un autre usage.*
433. *Le cédant peut s'en servir et faire toute espèce d'actes qui ne nuiraient pas à l'exercice du droit du cessionnaire.*
434. *Le passage doit être ouvert et libre, comme s'il avait été volontairement concédé.*
435. *La cession ne peut être révoquée quand même la nécessité qui l'avait motivée serait venue à cesser.*
436. *Le droit de passage peut s'éteindre par le non-usage pendant le temps déterminé par la loi.*
437. *Il ne faut pas confondre le passage dont il s'agit avec les chemins qui servent à l'exploitation d'une suite d'héritages.*
438. *Du chemin appelé* tour d'échelle : *renvoi.*

416. On a vu précédemment (1) que, pour des motifs d'intérêt public, le propriétaire d'un fonds joignant immédiatement le mur d'autrui peut s'en faire céder la mitoyenneté, à la charge de payer la valeur de la partie cédée; l'art. 682 (2), fondé sur des motifs semblables, apporte aussi une modification au droit de propriété, en autorisant le maître d'un fonds qui n'a point d'issue sur la voie publique, à se faire céder, moyennant indemnité, un passage sur le fonds du voisin (3). L'intérêt général veut qu'un fonds ne reste pas inculte; car, entre autres inconvénients qui en résulteraient, les impôts auxquels sont assujetties les propriétés territoriales ne pourraient, avec justice, être perçus sur un héritage qui ne donnerait aucun produit, faute d'un passage pour le cultiver (4).

« Le propriétaire dont les fonds sont enclavés, « qui n'a aucune issue sur la voie publique, « porte l'article précité, peut réclamer un pas« sage sur les fonds de ses voisins pour l'exploi« tation de son héritage, à la charge d'une « indemnité proportionnée au dommage qu'il « peut occasionner. »

417. Ainsi, il faut que le fonds pour lequel on réclame un passage soit enclavé, qu'il n'ait aucune issue sur la voie publique, comme lorsque,

(1) Nos 321 et suivants.

(2) Code de Hollande, art. 715.

(3) Ce cas n'est pas le seul dans la législation. Les lois sur les mines, sur les canaux et sur le desséchement des marais veulent aussi que les propriétaires voisins cèdent, moyennant indemnité, le passage nécessaire à l'exploitation et aux travaux. — *Voyez*, dans ce sens, l'arrêt de la cour d'appel de Gand, du 23 novembre 1838. (*Jurisp. de Belgique*, 1838, I, p. 532.)

(4) La faculté de se faire céder un passage n'existait, dans le droit romain, qu'en faveur de ceux qui avaient des sépulcres dans des fonds, et qui n'avaient point de chemin pour y parvenir (L. 12, ff. *de Religios. et sumpt. funer.*), ce qui arrivait quand on vendait les fonds sans réserver un passage; car les sépulcres eux-mêmes étaient inaliénables. *Voyez* aussi la L. 5, ff. *de Sepulcro violato.*

Les docteurs ont étendu, par motif d'équité et d'intérêt général, le principe à tous les fonds enclavés et sans issue sur la voie publique.

par l'effet d'un changement ou redressement de chemin ou de rue, un fonds a perdu l'issue qu'il avait sur ce chemin ou sur cette rue (1), et autres cas de force majeure. La loi n'accorde, en effet, la faculté dont il s'agit qu'autant qu'il y a nécessité. En cas de contestation sur ce point, les tribunaux doivent d'abord ordonner un rapport d'experts, ou, s'ils le jugent plus convenable, ordonner une descente sur les lieux pour le constater.

418. La loi n'accorde que la faculté d'exiger un passage pour l'exploitation du fonds, et non celle d'en exiger un pour y conduire les eaux d'un autre héritage, de quelque utilité qu'elles puissent être (2).

419. Du principe qu'il faut qu'il y ait nécessité, il suit que le motif tiré d'une abréviation du trajet à parcourir pour aller de tel chemin à tel fonds par le moyen d'un nouveau chemin, serait tout à fait insuffisant. Ce pourrait être la matière d'une servitude conventionnelle, mais ce ne serait point le cas de la servitude légale dont il est question.

420. De même si, en partageant un fonds commun, qui d'ailleurs a issue sur un chemin public, les copartageants, par négligence ou à dessein, s'arrangeaient de manière à ne laisser aucun passage pour l'exploitation des parts de quelques-uns d'entre eux, les voisins ne seraient point obligés d'en fournir un à ceux aux lots desquels seraient échues ces parts, quand bien même, par la disposition des lieux, le trajet par leurs fonds à ce chemin, ou à tel autre, serait plus court que par les portions échues aux autres copartageants. La loi ne prête pas son appui à l'insouciance ou à la collusion, mais à la nécessité ; c'est cette nécessité seule qui a pu déterminer la modification qu'elle a apportée en ce point au droit de propriété.

Nous ne saurions donc adopter la décision de M. Pardessus, quand il dit, n° 215 de son Traité: « Il semblerait juste que celui qui se trouve ainsi « avoir besoin du passage, s'adressât de préférence, soit à ses copartageants, si le terrain « enclavé lui provenait d'un partage, soit à son « donateur, soit aux héritiers de celui qui le lui « aurait donné ou légué ; car il n'est pas douteux, suivant les principes consacrés par l'article 1018 (3) du Code, que la transmission « d'un fonds à l'un de ces titres n'entraîne l'obligation d'assurer un passage pour y parvenir.
« Mais le défaut de vigilance dans la rédaction « des actes, ou le laps de temps, peut l'avoir « rendu (le propriétaire du fonds enclavé) non « recevable contre ses garants (4) ; son imprudence serait punie trop sévèrement, si elle « avait pour résultat de frapper sa propriété « d'une éternelle inutilité : l'intérêt public en « souffrirait. *A quelque titre donc qu'un héritage « soit parvenu à celui qui a besoin d'un passage « pour l'exploiter, il peut s'adresser à celui des « voisins qui, comme nous venons de le dire, est « le plus à portée de le fournir.* »

Nous ne le pensons pas : l'équité et la loi s'opposent à une telle conséquence. Sans doute comme, dans notre espèce, les parts privées de passage ne peuvent rester sans culture, il leur en faut un ; mais, au lieu de pouvoir forcer, ainsi que le dit M. Pardessus, les voisins à le céder, ce passage devrait être fourni sur les autres portions du fonds maintenant divisé; et quant à l'indemnité, il faut distinguer :

Ou il a été dit dans l'acte de partage que ces portions n'auraient aucun passage sur celles qui sont le plus rapprochées du chemin, ou il n'a rien été dit à ce sujet.

Dans la première hypothèse, les propriétaires de ces portions n'en auront pas moins le droit d'en réclamer un, mais ils en devront le prix, ainsi qu'il est dit à l'article 682. Ceux sur les portions desquels ils le réclameraient ne pourraient, pour se refuser à l'accorder, invoquer la clause de l'acte ; car, puisqu'il est indispensable, ce serait ainsi faire retomber sur un voisin une

(1) *Voyez* toutefois ce qui a été dit *supra*, nos 293-298.

(2) Voyez *supra*, nos 237 et suiv.

(3) Code de Hollande, art. 1010.

(4) Pour que le laps de temps l'ait rendu non recevable à réclamer le passage de ses garants, il faut supposer que pendant tout ce temps il a laissé son héritage inculte, puisqu'il n'avait d'autre issue que par les fonds possédés par eux, et que ce n'est que maintenant qu'il réclame le passage. Or, ce cas sera bien rare. C'est la première supposition, le défaut de vigilance dans la rédaction des actes, qui est la plus vraisemblable ; et elle l'est moins encore peut-être que la connivence des parties.

charge qu'eux seuls devraient supporter. Mais la clause a du moins cet effet, que le passage doit leur être payé, vu que le partage a eu lieu sous la condition qu'ils ne le devraient pas, parce que, peut-être, les autres copartageants avaient d'autres fonds aboutissant aux portions qui leur étaient assignées, ou parce qu'ils comptaient s'entendre à cet égard avec un voisin.

Dans la seconde hypothèse, deux cas peuvent se présenter : ou il existait sur le fonds divisé, lors du partage, un chemin intérieur, aboutissant au chemin public, et qui servait à l'exploitation de toutes les parties du fonds, comme la *charrière* d'une vigne ; ou il n'y en avait pas, par exemple, parce que c'était un pré. Mais, dans l'un comme dans l'autre cas, le passage ne doit pas moins être fourni sans indemnité. En effet, dans le premier, le silence des copartageants équivaut à une convention de servitude de passage au profit des portions les plus éloignées de la voie publique sur le chemin régnant sur celles qui en sont plus rapprochées, par argument irrécusable de l'article 694, suivant lequel, quand le propriétaire de deux héritages entre lesquels il existe un signe *apparent* de servitude, dispose de l'un d'eux, sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude, elle continue d'exister activement ou passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné. Or, il en doit être de même en pareille circonstance, quand il s'agit du partage d'un même fonds. Dans le second cas, il y a également tacite convention entre les copartageants que ce passage sera fourni, sans indemnité, sur les portions qui avoisinent la voie publique, puisque, d'une part, sans ce passage, les autres portions ne pouvaient être exploitées, et, d'autre part, qu'aucun prix n'a été stipulé à ce sujet (1).

421. Tout ce qui vient d'être dit au sujet du partage d'un fonds, s'appliquerait à l'aliénation de partie de ce fonds par celui qui en était propriétaire en totalité, sauf peut-être que, dans le cas où il n'existerait pas de chemin *marqué* dans l'intérieur de l'héritage, le vendeur qui a conservé la partie qui ne joint pas la voie publique, sans se réserver un passage sur celle qu'il a aliénée, ne pourrait en exiger un de l'acheteur qu'à la charge d'en payer le prix, conformément à l'article 682 ; parce que tout vendeur doit expliquer clairement ce qu'il vend, ce à quoi il s'oblige, et que tout pacte obscur s'interprète contre lui. (Art. 1602.) Au lieu que lorsqu'il y a un signe *apparent* de servitude, un chemin marqué, le doute sur l'intention des parties n'existe plus. Mais à l'égard d'un donateur ou de son héritier, le doute, s'il existait, s'interpréterait en leur faveur.

422. Au reste, dans le cas où un fonds se trouve enclavé par l'effet d'une force majeure, et non par la volonté de celui qui en est propriétaire ou de son auteur, le droit d'obtenir un passage ne serait point paralysé par la circonstance que l'héritage du voisin qui, d'après la disposition des lieux, doit le fournir, serait clos de haies ou même de murs, que ce serait un jardin ou même une cour. Mais, d'autre part, ce droit ne peut être exercé arbitrairement.

423. Ainsi, *régulièrement*, le passage doit être pris du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique. (Art. 683.)

Mais ce mot *régulièrement*, employé par le Code, indique clairement que cela n'est vrai qu'en thèse générale, et par conséquent que le principe est susceptible des modifications réclamées par l'équité. La loi n'a pas voulu, en effet, imposer à un propriétaire l'obligation de dénaturer son fonds pour l'utilité de celui d'un autre, quand il y aurait d'ailleurs pour ce dernier, quoique avec un peu moins de commodité peut-être, le moyen d'obtenir une issue par un autre héritage qui aurait à en éprouver un dommage moins considérable. Il suit de là que si le passage peut être fourni sur les fonds de divers propriétaires, par différents endroits, il doit l'être de préférence par ceux dont les héritages en éprouveraient le moins de

(1) On peut invoquer aussi à l'appui de cette décision la L. 23, § 3, ff. *de Servit. præd. rustic.* D'après cette loi, lorsque le fonds auquel est due une servitude vient à être divisé, chacun des copartageants conserve son droit à la servitude ; et pour l'exercer, ceux dont les parts n'aboutissent point à l'héritage assujetti ont le droit, par l'effet du partage, de passer par le lieu qui a été assigné à son exercice sur les autres portions, ou de passer dans un autre endroit, si ceux à qui elles sont échues y consentent. Donc, par une raison au moins égale, le passage nécessaire à l'exploitation des portions qui n'aboutissent pas à la voie publique est tacitement réservé sur celles qui en sont voisines.

préjudice, quand bien même le trajet en serait un peu plus long que par le fonds des autres, et que le réclamant voudrait l'obtenir sur ces derniers. Tel serait le cas où le passage serait réclamé par un enclos, par une cour, ou mieux encore par l'allée d'une maison, quand il pourrait l'être par un terrain ouvert ou moins précieux, quoique le trajet à la voie publique en fût un peu plus long, fût moins en ligne droite. Les tribunaux ont à cet égard un pouvoir discrétionnaire : dans l'impossibilité d'établir des règles positives sur ce point, la loi s'en repose sur leur sagesse.

424. C'est par l'effet du même principe d'équité qu'elle décide que, bien que le passage doive régulièrement être pris du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique, il doit néanmoins être fixé dans l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé. (Art. 684). (1).

425. Le principe pourrait même, dans certains cas, mais plus rares, recevoir aussi quelque modification en faveur de celui qui réclame le passage; par exemple, si, comme l'observe M. Pardessus, nº 219 de son Traité, l'usage du plus court trajet l'obligeait à des dépenses considérables, telles que celles qu'exigerait la construction d'un pont, ou autres semblables, il pourrait s'adresser à un autre voisin dont le terrain offrirait un trajet plus long, mais plus commode.

426. Au surplus, la loi n'oblige point à céder la propriété du terrain sur lequel s'exerce le passage, mais seulement le *passage:* elle n'a pu raisonnablement vouloir agrandir la propriété de l'un en diminuant celle de l'autre; elle a seulement voulu fournir le moyen d'exploiter celle du premier : or, pour cela le passage suffit. C'est une servitude qu'elle constitue, et voilà tout. Nous allons bientôt déduire les conséquences de ce principe.

427. Quant à l'indemnité, elle se règle à l'amiable, ou, si les parties s'accordent pas, elle se règle judiciairement, au moyen d'une expertise, comme dans le cas où la mitoyenneté d'un mur est réclamée. Tout ce que nous avons dit sur ce cas, au nº 328, est applicable à l'indemnité due pour le passage.

428. La base de cette indemnité n'est pas seulement la valeur du terrain sur lequel s'exercera le passage ; c'est aussi le préjudice réel que le propriétaire du fonds en éprouvera (art. 682): mais l'avantage qu'en peut retirer celui qui le réclame ne doit être que d'une faible considération dans la fixation de l'indemnité, quoiqu'il puisse néanmoins y entrer pour quelque chose, s'il est extraordinaire.

429. L'action pour l'obtenir est prescriptible, comme toute autre action en indemnité : elle l'est par trente ans. (Art. 685, 2262.)

Et quoiqu'elle ne soit plus recevable par l'effet de la prescription, le passage n'en doit pas moins être continué. (Même art. 685) (2).

Il n'y a pas lieu de dire que le passage n'a pu s'acquérir sans que l'indemnité ait été payée ; que l'indemnité et le passage sont choses corrélatives, et que puisque le passage est une servitude discontinue (art. 688), c'est-à-dire, d'après le Code, une servitude non susceptible de s'acquérir par prescription (art. 691), il n'y a que le payement de l'indemnité qui ait pu l'attribuer au propriétaire du fonds enclavé ; car on répondrait que c'est la loi, fondée sur la nécessité, qui l'attribue elle-même. A la vérité, elle veut que ce soit moyennant indemnité; mais cette indemnité n'est pas la cause du passage : sa cause, c'est l'utilité publique, et son titre constitutif, c'est la loi; ce qui rend inapplicable la disposition de l'art. 691, puisqu'il ne s'agit point d'acquisition de servitude par le moyen de la prescription, mais bien seulement d'une indemnité (3). Or cette indemnité n'est qu'une créance, prescriptible, d'après cela, comme toute autre action ayant pour objet une somme. Un acquéreur prescrit contre l'action du contrat de vente relative au prix, et cependant il n'en conserve pas moins l'objet acheté, par la raison toute simple qu'il l'a reçu et possédé *pro suo;* de même, le propriétaire du fonds enclavé a aussi reçu et exercé le passage à titre non pré-

(1) Code de Hollande, art. 716.
(2) Ibid., art. 717.
(3) Arrêt de cassation cité *supra*, nº 189, note.

caire, puisqu'on ne pouvait le lui refuser. En admettant qu'il n'y ait jamais eu de convention à ce sujet entre les parties, il n'en serait pas moins vrai de dire que la constitution de ce passage a existé : elle a existé par l'effet de la loi; la loi en est le titre constitutif. Dès lors il n'y a plus lieu qu'à s'occuper du prix ; et ce prix, comme celui d'une vente, d'un louage, d'une servitude même établie par convention intervenue entre voisins, se prescrit par trente ans à partir du moment où il est devenu exigible, et il l'est devenu du jour où le passage a été exercé (1).

430. Tout consiste donc à savoir si ce passage était ou non nécessaire, si c'était ou non le cas de l'art. 682. Si celui qui en use prouve qu'il était nécessaire quand il a commencé à l'exercer, et si depuis il s'est écoulé trente ans, non-seulement le passage devra être continué, mais encore l'action en indemnité n'est plus recevable, sans préjudice des suspensions et interruptions de prescription telles que de droit. S'il n'était pas nécessaire, et qu'il ne le soit pas devenu depuis, il ne s'agit plus alors d'action en indemnité, mais d'une simple servitude de passage née du fait de l'homme, et régie, quant à son établissement et ses effets, par les règles du chapitre III du présent titre, notamment par les articles 688 et 691 précités. Enfin, si le passage n'était point nécessaire lorsqu'on a commencé à l'exercer, mais que des changements dans la disposition des lieux l'aient rendu indispensable, il se continuera également; et quant à l'action en indemnité, on devra distinguer les époques : si celui qui se sert du passage prouve qu'il y a au moins trente ans qu'il lui est devenu nécessaire, l'action est prescrite, quoiqu'il n'y ait eu aucun règlement touchant l'indemnité ; s'il ne fait pas cette preuve, l'action subsiste encore, du moins dans les cas régis par le Code.

Ainsi, comme on le voit, nous faisons reposer sur celui qui se sert du passage l'obligation de prouver qu'il est affranchi de l'indemnité par une jouissance de plus de trente ans depuis que le passage *lui est devenu nécessaire*, en d'autres termes, qu'il est dans le cas prévu par la loi. Mais, si dans le lieu de la situation des fonds, les servitudes de passage pouvaient, avant le Code, s'acquérir par prescription, ainsi que le suppose l'art. 691, la possession antérieure à la publication du Code pourrait s'unir à celle qui a eu lieu depuis les changements, et rendre aussi de la sorte l'action en indemnité non recevable.

431. Une fois que le passage est accordé, la servitude existe. Auparavant il n'y avait qu'une simple obligation de voisinage de céder le passage, et que le Code a rangée parmi les servitudes légales ; maintenant il y a servitude régulière et ordinaire ; d'où nous tirons les conséquences suivantes.

432. 1° Si celui qui a fait la cession n'a cédé que le passage, et non le terrain sur lequel il est établi, le concessionnaire n'étant point propriétaire de ce terrain ne peut le faire servir à un autre usage que celui pour lequel il lui a été concédé. (Art. 702) (2). Il ne peut y bâtir, ni avoir des jours d'aspect a moins de six pieds de distance, puisque, encore une fois, ce terrain est le terrain d'autrui, et que l'art. 678 consacre cette prohibition de la manière la plus absolue. Il ne peut non plus y creuser un canal pour conduire, par ce moyen, l'eau à son fonds, ni céder lui-même, sans le consentement de celui qui lui a fait la cession, un droit de passage à un tiers par le même endroit. Enfin, il ne peut faire que ce que pourrait faire celui qui a stipulé une servitude de passage : il n'y a de différence entre cette charge et celle qui serait établie par convention, qu'en ce que l'une a sa cause dans la volonté du propriétaire de l'héritage assujetti,

(1) M. Pardessus enseigne qu'il n'est pas indispensable que l'indemnité soit payée avant l'exercice du passag, eque les tribunaux peuvent accorder un délai à celui qui le réclame, attendu que dès que le droit à l'indemnité peut se prescrire, et que le passage n'en doit pas moins être continué, c'est une preuve qu'il peut commencer avant que l'indemnité soit payée.

Sans doute, il le peut, mais si celui qui le fournit y consent ou néglige de réclamer de suite le payement de ce qui lui est dû; mais s'il exige son payement de suite, il doit lui être fait. Les principes ne permettraient pas qu'il fût traité plus défavorablement que s'il était forcé de céder sa propriété à l'État : or, en pareil cas, l'indemnité devrait lui être préalablement payée. (Article 545.) D'un autre côté, il serait contre les règles qu'un particulier, bien qu'il se fonde également sur l'intérêt public pour obtenir le passage dont il s'agit, jouit, quant au payement de l'indemnité, d'un terme de faveur qu'en thèse générale l'État lui-même ne pourrait invoquer.

(2) Code de Hollande, art. 738.

tandis que l'autre tire son origine de la loi ; mais leurs effets sont les mêmes.

433. 2° Celui qui a fait la cession dans les termes de la loi, c'est-à-dire du passage seulement, et non du terrain sur lequel il est pratiqué, peut s'en servir pour l'exploitation de son fonds, à la charge de contribuer aux frais d'entretien du chemin. Il peut avoir sur ce terrain des jours d'aspect à moins de six pieds de distance, joignant même ledit terrain ; en établir de nouveaux ; comme maintenir ceux qui existaient déjà à l'époque de la cession. En un mot, ses obligations sont écrites dans l'article 701, qui défend au débiteur de toute servitude de rien faire qui puisse en diminuer ou gêner l'usage, mais ses droits sont dans son titre de propriétaire, qui l'autorise à faire tout ce qui ne serait point contraire à la servitude. Or, les actes dont il vient d'être question ne sont point de nature, du moins dans la plupart des cas, à nuire à son exercice. Il pourrait même, si l'assignation primitive du passage était devenue trop onéreuse pour lui, ou si elle l'empêchait de faire des réparations avantageuses, offrir au voisin un autre endroit aussi commode pour l'exploitation de son fonds, et celui-ci ne pourrait le refuser. L'art. 701 précité, qui le décide ainsi en matière de servitude établie par la libre volonté du propriétaire, doit, par une raison au moins égale, et qu'il serait superflu de développer, s'appliquer aussi au cas d'une servitude forcée.

434. 3° Toutefois, quoique cette charge n'ait pas été volontairement consentie, le propriétaire sur le fonds duquel elle est établie n'a pas le droit, comme quelques auteurs l'ont prétendu (2), de fermer le passage au moyen d'une porte ou d'une barrière, en offrant au maître du fonds enclavé une clef pour passer. Le passage doit être libre. Mais il doit l'être aussi pour le concédant ; en sorte que le concessionnaire ne pourrait non plus le fermer, même en offrant au premier une clef; le tout sauf les stipulations contraires qui auraient pu avoir lieu dans l'acte de cession.

435. 4° La circonstance que la nécessité qui a fait accorder le passage viendrait à cesser, soit par l'établissement d'un chemin, soit par la réunion du fonds précédemment enclavé à un héritage communiquant à la voie publique, n'autoriserait pas le propriétaire qui a fait la cession à en demander la révocation, en offrant de restituer l'indemnité quoiqu'il eût intérêt à cette révocation. M. Pardessus pense que ce point est laissé à la sagesse des tribunaux, et que c'est d'ailleurs la conséquence de l'art. 701. Mais cette conséquence ne se montre nullement à nos yeux. Cet article autorise bien, comme nous venons de le dire, les tribunaux à ordonner, dans certains cas, que la servitude sera exercée dorénavant par une autre partie du fonds que celle par où elle s'exerçait d'abord ; mais il ne les autorise pas à prononcer la suppression de la servitude elle-même ; ce qui serait bien différent. Qu'importe qu'il s'agisse ici d'une servitude établie par la loi ? l'origine de sa constitution est fort indifférente en ce qui touche la question. Or, comme les tribunaux ne sauraient, sans excéder les bornes de leur pouvoir, prononcer la suppression d'une servitude conventionnelle, de même ils ne peuvent ordonner la cessation d'une servitude créée par la loi, qui l'a établie purement et simplement, et non sous une condition résolutoire, ou avec charge de révocation.

436. 5° Enfin, nous ne saurions non plus nous ranger au sentiment du même auteur, lorsqu'il dit que si le propriétaire du fonds originairement enclavé l'a laissé inculte pendant trente ans, sans passer sur l'héritage qui a fourni le passage, en reprenant la culture de son champ, le propriétaire reprendra le droit de passer tel qu'il l'avait quand il a laissé son héritage en friche, attendu qu'il usait de la faculté qu'on a de cultiver ou de ne pas cultiver sa propriété, et que les actes de pure faculté ne peuvent être le fondement d'aucune prescription.

Qui ne voit, en effet, que, dans ce système, l'extinction des servitudes par le moyen de la prescription ne serait qu'un vain mot? Car on pourrait toujours dire que si l'on n'a pas usé de

(1) Notamment Voet, *ad* PANDECTAS, tit. *de Servit. præd. rust.*, no 4, qui cite Grotius et Leeuwen comme étant de ce sentiment. Ces auteurs disent même qu'à la différence de celui qui a fait une concession libre, le cédant qui n'en a fait qu'une forcée peut dégrader le chemin : *qualis via ex necessitate, ac precario indulgenda, a cæteris in eo distat, quod non claudi tantum per dominum prædii servientis, sed et scindendo vel effodiendo corrumpi possit;* ce qu'on ne saurait admettre.

la servitude, l'on n'a fait en cela qu'un acte de pure faculté ; que si l'on pouvait, par exemple, exploiter son fonds par tel chemin par lequel s'exerçait une servitude de passage, rien n'empêchait cependant de l'exploiter par un autre chemin exempt de servitude ; que dans le choix que l'on a fait, l'on a simplement usé d'une pure faculté ; en sorte que la prescription n'aurait non plus jamais lieu dans ce cas, et autres semblables. Mais précisément ce serait aller contre la disposition formelle des articles 706 et 707 (1), qui portent, le premier, que les servitudes s'éteignent par le non-usage pendant trente ans; le second, que les trente ans commencent à courir, selon les diverses espèces de servitudes, ou *du jour où l'on a cessé d'en jouir, lorsqu'il s'agit de servitudes discontinues* (comme dans l'espèce), ou du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude, lorsqu'il s'agit de servitudes continues. Et ces articles ne distinguent pas, et ne devaient pas, en effet, distinguer si l'on a ou non joui du fonds même auquel la servitude était due. Incontestablement, si le propriétaire de ce fonds venait à disparaître, et que personne ne cultivât sa propriété à sa place, n'exerçât pour lui la servitude, il ne serait pas écouté à venir dire, après trente ans, qu'en laissant son fonds inculte, et en n'exerçant pas la servitude qui lui était due, il n'a fait qu'un acte de pure faculté : on lui répondrait qu'il fait une fausse application de la règle, *les actes de pure faculté ne fondent aucune prescription*. Cette règle ne s'applique point à un droit constitué et que l'on a négligé de conserver, comme dans le cas dont il s'agit, où la servitude commandée par la loi, et constatée ensuite par un acte, avait les mêmes effets que si elle avait été le résultat de la volonté libre et spontanée des deux parties. Il en serait autrement, sans doute, si un fonds avait été privé d'issue pendant plus de trente ans, et si celui à qui un passage serait demandé alléguait que le droit de l'obtenir est prescrit : alors la règle ci-dessus serait réellement applicable, parce que c'était, en effet, une pure faculté pour le maître de l'héritage enclavé, d'user ou de ne pas user du bénéfice de la loi. Mais une fois le droit exercé, ce droit est sujet à s'éteindre, comme tout autre, par le moyen de la prescription ; sauf, bien entendu, à celui qui l'a perdu à en exercer un nouveau si son héritage se trouve encore sans issue sur la voie publique, mais alors à la charge de payer l'indemnité corrélative.

437. Au reste, il ne faut pas confondre le passage dont il vient d'être parlé avec les chemins qui servent à l'exploitation d'une suite de fonds de même culture ou de cultures diverses. Ces chemins, qu'on appelle chemins de *desserte*, et qui aboutissent à la voie publique ou communale, font ordinairement partie des chemins communaux ou vicinaux, mais quelquefois aussi ils ont une destination plus restreinte que ces derniers : ils sont uniquement consacrés à l'exploitation d'un certain nombre d'héritages, sans être un point de communication entre des bourgs, villages ou hameaux. Ils forment une servitude commune entre les divers propriétaires de ces héritages, servitude dont l'établissement est le résultat, la plupart du temps, de la destination du père de famille, ou de concessions formelles, ou enfin de la prescription. Ceux dont l'origine est ancienne ne pourraient être contestés aujourd'hui par les propriétaires des fonds sur lesquels ils règnent, sur le seul fondement que les droits de passage sont des servitudes discontinues (article 688) qui ne s'établissent plus par la prescription (art. 691), ou du moins qu'il y a lieu à indemnité, si l'on ne prouve pas, ou que la prescription de la servitude était acquise avant le Code, ou que l'indemnité est prescrite parce que le passage était absolument nécessaire à l'époque où la prescription de cette indemnité a commencé son cours. Car tout porte à croire que de tels chemins ont été établis par l'assentiment exprès ou tacite des divers propriétaires : ces chemins participent des chemins vicinaux par l'utilité dont ils sont à une collection d'individus. Ce ne sont pas, à proprement parler, des *voies privées* ordinaires ; ce qui rend dès lors inapplicables les principes généraux.

438. Quant au chemin appelé *tour d'échelle*, nous en avons suffisamment expliqué la nature et les effets en parlant du mur mitoyen, numéros 315-316, auxquels nous renvoyons pour éviter d'inutiles répétitions.

(1) Code de Hollande, art. 754 et 755.

CHAPITRE III.

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LE FAIT DE L'HOMME.

SOMMAIRE.

439. *Division de la matière des servitudes établies par le fait de l'homme.*

439. Les servitudes établies par le fait de l'homme, et dont nous allons développer les caractères et les effets, sont les servitudes véritables; celles qui sont établies par la loi n'étant, comme nous l'avons dit, que des obligations de voisinage, qui n'empêchent pas les fonds d'être libres.

Pour traiter cette matière avec le plus de clarté possible, nous verrons, dans une première section, la nature, les caractères et les effets généraux des servitudes proprement dites.

Dans une seconde, les diverses divisions que l'on peut faire des servitudes;

Dans une troisième, les principales servitudes dont peuvent être grevés les héritages;

Dans une quatrième, par qui elles peuvent être imposées, et par qui elles peuvent être acquises;

Dans une cinquième, de quelles manières elles peuvent être établies;

Dans une sixième, le droit du maître du fonds dominant, et les obligations du propriétaire assujetti;

Dans une septième, les diverses actions auxquelles peuvent donner lieu les servitudes;

Enfin, dans une huitième et dernière, on traitera des manières dont elles s'éteignent.

SECTION PREMIÈRE.

DE LA NATURE, DES CARACTÈRES ET DES EFFETS GÉNÉRAUX DES SERVITUDES PROPREMENT DITES.

SOMMAIRE.

440. *En général, on peut établir toute espèce de servitude sur les fonds.*

441. *Principes généraux sur la nature, les caractères et les effets des servitudes proprement dites.*

§ Ier.

Pour qu'il y ait servitude prédiale, il faut deux héritages.

442. *Toute servitude est établie pour l'usage des bâtiments ou des fonds de terre.*

443. *On peut cependant convenir d'une servitude pour l'utilité d'un bâtiment qui n'existe pas encore, et* vice versâ.

444. *La convention que le propriétaire du fonds B,* quel qu'il soit et sera, *sera tenu, à perpétuité, de venir moudre au moulin A, moyennant une certaine rétribution, ne constitue point une servitude.*

445. Quid *de la convention qui accorderait au propriétaire du fonds B la faculté de moudre au moulin A le blé dont il pourrait avoir besoin pour l'exploitation de son fonds?*

446. *Espèce traitée dans la L. 81, § 1, ff* de contrahenda Emptione, *dont la décision dépendrait chez nous des termes de l'acte.*

447. *Opinion divergente des auteurs sur le sens de la L. 8 ff.* de Servitutibus; *renvoi.*

448. *Il n'y a pas non plus servitude dans la stipulation que je fais d'un passage par votre terrain, pour abréger le trajet de la maison que j'occupe à bail, à telle place publique;*

449. *Ni dans la stipulation que le propriétaire du fonds A pourra chasser sur le fonds B : renvoi;*

450. *Ni dans la convention que le propriétaire du fonds B et ses successeurs dans ledit fonds, seront tenus d'aller faire les moissons dans le fonds A.*

§ II.

Pour qu'il y ait servitude, les héritages doivent appartenir à des maîtres différents.

451. *Personne n'a de droit de servitude sur sa chose.*

452. *Conséquence, lorsque le propriétaire de deux fonds entre lesquels il existe un signe de servitude apparente, dispose de l'un d'eux.*

453. *Autre conséquence, quand les deux fonds, dont l'un doit une servitude à l'autre, viennent à être réunis dans la même main.*

§ III.

En général il faut que les fonds soient contigus.

454. *Cette contiguïté s'entend plus ou moins strictement, selon les diverses espèces de servitudes.*

440. Le principe général en matière de servitudes dérivant de la volonté de l'homme, c'est qu'il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne ni en faveur de la personne,

mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces servitudes n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public.

L'usage et l'étendue des servitudes ainsi établies se règlent par le titre qui les constitue, et à défaut de titre, par les règles expliquées à ce chapitre du Code. (Art. 686) (1).

441. De ces principes généraux, et de quelques autres qui seront successivement développés, on peut déduire les axiomes suivants :

1° Pour qu'il y ait servitude prédiale, servitude dans les principes du Code, il doit y avoir deux héritages ;

2° Les héritages doivent appartenir à des maîtres différents ;

3° En général, il faut que les fonds soient contigus ;

4° La servitude consiste, de la part du propriétaire de l'héritage assujetti, à souffrir ou à ne pas faire ;

5° Le droit de servitude est indivisible ;

6° Les servitudes sont des droits réels ;

7° La servitude n'établit aucune prééminence en faveur de l'un des héritages sur l'autre ;

8° Les servitudes peuvent être établies sous certains modes.

Chacun de ces axiomes sera expliqué avec ses conséquences dans les huit paragraphes suivants.

§ Ier.

Pour qu'il y ait servitude prédiale, il faut deux héritages.

442. De la définition donnée par l'article 637 il résulte qu'il doit y avoir deux héritages pour qu'il y ait servitude prédiale : l'un devant la servitude, l'autre à qui elle soit due (2).

Toute servitude, en effet, est établie pour l'usage des bâtiments ou pour celui des fonds de terre. (Art. 687.)

443. Toutefois, il n'est pas de rigueur que la maison, par exemple, pour l'utilité de laquelle je stipule un droit de servitude, *puta* un droit de vue, existe déjà : je puis très-bien stipuler la servitude pour une maison que je me propose de bâtir, *insulæ futuræ*. En sens inverse, je puis convenir avec vous que la maison que vous vous proposez de construire supportera ma galerie, etc. (3).

Dans les deux cas la servitude est établie sous cette tacite condition : si la maison vient à être construite ; or, comme on le verra plus loin, la servitude peut être convenue sous condition.

444. Comme il faut que la servitude soit imposée à un fonds pour l'utilité d'un autre fonds, il s'ensuit que si le propriétaire du moulin A stipulait que le propriétaire du fonds B, quel qu'il soit et sera, sera tenu, à perpétuité, de venir moudre audit moulin, à la charge d'une certaine prestation, cette convention ne constituerait pas une servitude : ce serait là, tout au plus, une simple obligation personnelle, de l'exécution de laquelle le propriétaire du fonds B pourrait être tenu, ainsi que ses héritiers, détenteurs du fonds, à peine de dommages-intérêts, mais une convention qui n'obligerait point les tiers acquéreurs. Le moulin, en effet, n'en devrait retirer aucune utilité comme fonds ; ce ne serait point là une charge imposée à un héritage pour l'utilité directe d'un autre héritage, mais seulement une convention pour obtenir des bénéfices au moyen du moulin : un contrat de louage, si les obligations étaient réciproques, ou, dans le cas contraire, une espèce de contrat particulier, et non une servitude.

445. Si c'était le propriétaire du fonds B qui eût stipulé du maître du moulin A qu'il lui serait loisible d'y moudre le blé dont il aurait besoin pour l'exploitation de son fonds, il y aurait, non pas servitude proprement dite, mais une espèce d'usage irrégulier, de la nature de ceux dont nous avons parlé précédemment, n° 34, d'après les lois 5 et 6 ff. *de Servit. præd. rustic.*; et cet usage serait un droit réel, comme s'il y avait servitude proprement dite. Mais comme ce ne serait que le moulin, et non son propriétaire, qui serait obligé, celui-ci ne serait pas tenu de moudre lui-même le blé nécessaire au fonds B ; il serait simplement tenu de souffrir que le propriétaire de ce fonds usât du moulin. Et s'il y

(1) Code de Hollande, art. 721, 742 et 738.

(2) L. 1, § 1, ff. *Comm. præd. tam urb. quam rustic.*

(3) L. 23, § 1, ff. *de Servit. præd. urban.*

avait aussi la clause que le maître du moulin fournirait également son travail pour l'opération, il serait bien, ainsi que ses héritiers, tenu de son obligation personnelle ; mais quant aux tiers détenteurs, c'est une question plus susceptible de doute, et que nous examinerons ultérieurement en principe.

446. La loi 81, § 1, ff. *de contrah. Empt.*, nous offre l'exemple d'un cas où il n'y a, suivant cette loi, ni servitude, ni même aucun droit réel quelconque, quoique la convention paraisse cependant imposer une charge à un fonds en faveur d'un autre fonds. Dans l'espèce, Lucius Titius, propriétaire d'un champ, avait promis une certaine quantité de boisseaux de froment de ce champ pour les héritages de Caïus Seïus ; ensuite il a vendu ce fonds avec cette clause : *Quo jure quaque conditione ea prædia Lucii Titii sunt, ita veneunt, itaque habebuntur.* On a demandé si Seïus pourrait actionner l'acquéreur de l'héritage pour la délivrance du grain qui lui a été promis pour ses fonds; et le jurisconsulte Scævola résout la question par la négative.

Assurément il ne peut le faire ainsi que parce que le fonds n'est grevé d'aucune servitude, même personnelle, par l'effet de la convention intervenue entre Titius et Seïus ; car s'il y avait eu un droit de servitude quelconque, l'acquéreur eût été obligé d'en souffrir l'exercice. En effet, s'il y avait eu un droit d'usage, même irrégulier, ce droit eût pu s'exercer contre tout détenteur de l'objet sur lequel il aurait résidé, comme dans le cas régi par la loi 6, ff. *de Servit. præd. rust.* que nous avons analysée précédemment; mais il n'y a eu que la simple convention d'une prestation personnelle avec indication du fonds où serait prise annuellement la quantité de grains promise. Ce qui indique clairement que ce n'était qu'une prestation personnelle, ce sont ces mots de la loi : *Lucius Titius promisit de fundo suo centum millia modiorum frumenti annua* PRÆSTARI *prædiis Caii Seii.* Ainsi, c'était Titius qui devait *livrer* le grain; tandis qu'il est de la nature des servitudes, même personnelles, comme l'usufruit et l'usage, que le propriétaire du fonds assujetti soit seulement tenu de souffrir l'exercice du droit, sans être obligé de rien faire. Il est aussi dans la nature de ces servitudes que celui à qui elles sont dues puisse prendre lui-même les fruits (1) ; au lieu que dans l'espèce, on devait livrer le grain à Seïus : celui-ci n'avait pas le droit de le prendre. Enfin, la circonstance que la quantité en était fixée, a pu, jointe aux autres, porter le jurisconsulte à ne voir dans la convention qu'une simple prestation personnelle, et non une servitude quelconque, c'est-à-dire pas même un usage irrégulier, affectant l'héritage d'un droit réel. La solution de la question dans notre droit dépendrait toutefois beaucoup de l'intention des contractants, des termes dont ils se seraient servis, ainsi de que la certitude de la date de l'acte.

447. Au reste, nonobstant la décision de Cujas, mais d'après celle de Vinnius et de plusieurs autres interprètes, on doit admettre qu'il y a, non pas servitude prédiale, mais usage irrégulier, droit réel en un mot, dans les cas prévus à la L. 8, ff. *de Servitutibus*, où il est dit : UT POMUM DECERPERE LICEAT, UT SPATIARI, UT COENARE IN ALIENO POSSIMUS, *servitus imponi non potest.* Il n'y a pas servitude prédiale, puisque le droit n'est point établi au profit d'un fonds, quoiqu'il le soit sur un fonds ; mais il y a, ou du moins il peut y avoir (si telle a été l'intention des parties), une espèce d'usage irrégulier, dont nous avons précédemment expliqué les effets (2).

448. Il n'y aurait pas non plus servitude prédiale avec les effets qui y sont attachés, si je stipulais un passage par votre terrain pour abréger le chemin de la maison que j'occupe à bail, à telle place publique, à telle promenade : ce serait, d'après l'intention des parties, les termes de la convention, ou une simple obligation personnelle de votre part, qui vous soumettrait, vous et vos héritiers, à l'exécuter, à peine de dommages-intérêts, mais sans que j'en pusse réclamer l'exécution des tiers détenteurs dudit terrain ; ou bien une sorte de droit d'usage irrégulier, qui s'exercerait même contre tout détenteur quelconque de ce terrain.

449. Et, comme nous l'avons dit au tome

(1) *Voyez* néanmoins ce que nous avons dit à cet égard en parlant de l'usage dans notre droit, *supra*, nos 27, 89 et 123.

(2) Voyez *supra*, no 16.

précédent, nº 1103 (292), la stipulation que le propriétaire du fonds A, quel qu'il soit et sera, aura le droit de chasse sur le fonds B, ne constituerait non plus aucun droit de servitude, ni aucun droit réel quelconque. Nous en avons donné les raisons (1).

450. Enfin, il y aurait encore moins servitude réelle, s'il est possible, dans la convention que je ferais avec le propriétaire du fonds B, qu'il sera tenu, ainsi que tout possesseur quelconque dudit fonds, de venir faire les moissons dans mon héritage : ce serait là une simple obligation de *faire*, qui ne serait obligatoire que pour celui qui s'y serait soumis, avec effet de donner lieu aux dommages-intérêts en cas d'inexécution, et qui prendrait même fin par sa mort, comme louage d'ouvrage, qui finit par la mort de l'ouvrier (art. 1795) (2), car aucune servitude ne peut être imposée à la *personne*, même en faveur d'un fonds.

On pourrait facilement multiplier les exemples de cas dans lesquels il ne saurait y avoir servitude proprement dite, ni aucun droit quelconque sur la chose même, ce qu'on nomme, dans la doctrine, le droit réel ; mais ceux que nous venons de donner suffisent.

§ II.

Pour qu'il y ait servitude, les héritages doivent appartenir à des maîtres différents.

451. Le droit de propriété renfermant la jouissance la plus étendue de la chose qui en est l'objet, il s'ensuit qu'on ne peut avoir sur cette chose un droit de servitude : de là, la règle si connue : *Res sua nemini servit* (3), règle érigée en loi par l'article 637 du Code, qui exige expressément, en effet, pour qu'il y ait servitude, que les fonds appartiennent à différents propriétaires.

452. Ainsi, quoique le maître de deux fonds contigus ait établi sur l'un d'eux un passage ou un canal pour l'exploitation ou l'irrigation de l'autre, il n'y a pas pour cela servitude : la servitude ne pourra commencer que lorsque les deux fonds ne seront plus réunis dans la même main ; et alors elle pourra résulter de la destination du père de famille, ou de la volonté expresse ou tacite des contractants. (Art. 692, 693, 694) (4).

453. En sens inverse, si deux fonds appartenant à des maîtres différents, et dont l'un doit une servitude à l'autre, se trouvent ensuite appartenir au même propriétaire, la servitude est éteinte. (Art. 705) (5).

Nous verrons ultérieurement dans quels cas elle renaît, lorsque l'un des fonds sort de sa main par l'effet d'une cause forcée, comme dans ceux de réméré, de donation révoquée, d'acquisition rescindée, de délaissement hypothécaire, etc.

§ III.

En général, il faut que les fonds soient contigus.

454. Puisque les servitudes sont établies pour l'utilité des fonds, il faut, pour que ce but puisse être atteint, que les héritages soient contigus (6), qu'il n'y ait pas, par l'existence de fonds intermédiaires appartenant à d'autres propriétaires, d'obstacles à l'exercice de celle qui a été convenue. Mais cette contiguïté s'entend plus ou moins strictement, selon les diverses espèces de servitudes, même dans les principes de la législation romaine, qui quelquefois en cette matière sont portés jusqu'à un tel point de subtilité, que l'équité ne permettrait pas de s'y attacher dans notre droit, plus ami de la simplicité.

455. Ainsi, propriétaire de la maison A, et voulant m'assurer un aspect agréable, je puis très-bien stipuler du maître du fonds C, qu'il ne bâtira pas sur son terrain, ou qu'il ne bâtira pas au delà de telle hauteur, quoique nos héritages soient séparés par le fonds B, appartenant à un tiers, avec lequel cependant je n'ai fait aucune convention. Car la stipulation me sera utile tant que le tiers ne fera pas, en bâtissant, obstacle à ce que je jouisse de l'aspect que j'ai voulu me

(1) *Voyez* aussi, au même volume, nº 1111 (300), où nous décidons, d'après un avis du conseil d'État, approuvé le 19 octobre 1811, que le droit de pêche dans les rivières non navigables ni flottables est tellement inhérent à la propriété des fonds riverains, qu'il ne peut être aliéné que par l'aliénation desdits fonds.

(2) Code de Hollande, art. 1648.

(3) L. 26, ff. *de Servit. præd. urban.*; L. 5, *princip.*; ff. *si Ususf. petatur.*

(4) Code de Hollande, art. 747-748.

(5) Ibid., art. 753.

(6) L. 5, § 1, ff. *de Servitut. præd. rust.*

ménager, ou s'il fait déjà obstacle, lorsque l'obstacle aura cessé, pourvu qu'il ait cessé avant l'extinction de la servitude par le non-usage (1).

Mais tant qu'il existera, je n'aurai pas le droit d'empêcher celui qui m'a fait la concession de bâtir sur son terrain, parce que je n'ai pas d'intérêt (2) ; et telle est la raison pour laquelle je ne puis valablement stipuler que vous ne vous promènerez pas dans votre jardin (3) ; ou, si votre bâtiment est tellement éloigné du mien, que de l'un on ne puisse voir l'autre, ou s'ils sont séparés par une montagne, je ne puis stipuler aucune espèce de servitude de vue, de *prospect*, et autres semblables (4).

456. Mais la servitude de passage au profit du fonds A sur le fonds C ne peut exister réellement si le fonds B est intermédiaire et appartient à un autre propriétaire, à moins que le fonds A n'ait aussi passage sur le fonds B pour l'exercice de cette même servitude (5).

On sent que si le fonds intermédiaire était un chemin public, la servitude existerait sans difficulté.

Elle existerait également, quoique l'espace intermédiaire fût un cours d'eau, qu'on ne pourrait même traverser ordinairement à cet endroit qu'en bateau. Nous rejetterions, en ce point, la subtilité des lois romaines, qui distinguaient s'il y avait un pont, ou du moins si la rivière était guéable, et qui n'admettaient la validité de la servitude que dans ces cas (6). Cela tenait, comme le dit fort bien Duaren (7), au principe que la *cause* de la servitude devait être perpétuelle, c'est-à-dire que le propriétaire dominant devait toujours pouvoir l'exercer sans obstacle, sans retard : or, dans l'espèce, dit le même auteur, il ne l'aurait pu, puisqu'il n'aurait pu toujours passer la rivière quand il l'aurait voulu, les bateliers n'étant pas toujours prêts à cet effet.

457. Au surplus, rien ne m'empêche, propriétaire du fonds A, de stipuler, quant à présent, du propriétaire du fonds C, un droit de passage ou de conduite d'eau sur son terrain, quoiqu'il y ait entre ce fonds et le mien le fonds B appartenant à un tiers, et sur lequel je n'ai encore aucun droit de servitude. Celle que je stipule est censée convenue sous cette tacite condition : si je puis obtenir du maître du fonds B ce qui sera nécessaire à son exercice, et si cette condition se réalise, la servitude s'exercera sans difficulté. C'est comme lorsque je stipule une servitude pour une maison que je me propose de construire, ou sur la maison que mon voisin viendrait à édifier (8).

458. Quant à la perpétuité de la *cause*, c'est-à-dire que le fonds servant doit pouvoir *servir* le fonds dominant sans discontinuation, lorsqu'il y a lieu à *exercer* la servitude (9), elle était essentielle chez les Romains pour qu'il y eût servitude, droit réel ; mais chez nous elle est simplement de la *nature* des servitudes.

459. Ainsi, dans les principes purs de la législation romaine, on n'eût pu valablement avoir la servitude de prise d'eau sur un étang (10), parce qu'un étang est sujet à être desséché par l'effet des chaleurs. Il en eût toutefois été autrement si l'étang eût été alimenté par un ruisseau ou par des sources d'eau vive (11). Mais chez nous, nul doute qu'une prise d'eau ne pût être valablement établie, soit que l'étang fût ou non alimenté par des sources ou un ruisseau.

460. De même, suivant la L. 28, ff. *de Servit. præd. urban.* précédemment citée, il n'y avait pas servitude dans la convention faite par l'un des voisins avec l'autre, que le premier, par le moyen d'une ouverture pratiquée dans le mur du second,

(1) LL. 5 et 6, *princip.*, ff. *si Servit. vindic.*

(2) *Ibid.*

(3) L. 15, *princip.*, ff. *de Servitutibus.*

(4) L. 38, ff. *de Servit. præd. urban.*

(5) L. 7, § 1, ff. *de Servit. præd. rust.*

(6) L. 38, ff. *de Servit. præd. rustic.*, combinée avec la L. 17, § 2, ff. *de Aqua et aquæ pluv. arcend.*

(7) Sur la loi 38, *de Servitut. præd. rust.*, ci-dessus citée.

(8) Voyez *supra*, n° 448.

(9) Pour les anciens, *perpetuum est quodcumque ex naturali causa, sed non ex hominis facto oritur, quamvis non sit assiduum : ut ecce aqua pluvia ex naturali causa oritur, et si non assidue pluat.* Vinnius, Instit., tit. *de Servit.*, par interprétation de la L. 28, ff. *de Servit. præd. urban.*

(10) L. 28, ff. *de Servit. præd. urb.*, précitée.

(11) Argument de la L. 1, § 5, ff. *de Aqua quotid. et æstiva*, et de la L. unique, § 4, ff. *de Fonte. Voyez* aussi les professeurs de Louvain, *Recitationes ad* Pandectas, tit. *de Servitutibus*, n° 9.

recevrait sur son terrain les eaux de la cuisine de celui-ci (1), à moins que cette eau ne fût mêlée à celle de la pluie ; car autrement, dit le jurisconsulte : *Neque perpetuam causam habet quod manu fit* (2). Il est bien certain qu'on ne ferait pas non plus chez nous cette distinction.

461. Mais les jurisconsultes romains ne faisaient néanmoins pas dériver la perpétuité de la *cause* des servitudes, uniquement de la circonstance que le fait de l'homme n'aurait pas été nécessaire pour l'exercice du droit, autrement celles de passage, de puisage, de pacage, qui ont toutes besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées, n'auraient pu avoir lieu ; ils ne la faisaient pas non plus dériver de la faculté de pouvoir exercer le droit sans intermittence, sans discontinuation, puisqu'ils avaient, comme on le verra plus bas, des servitudes qui s'exerçaient alternativement de deux jours l'un, ou depuis telle heure jusqu'à telle heure, ou simplement le jour et non la nuit, *aut vice versa* (3) : ils la tiraient principalement de la nature de l'héritage assujetti relativement à l'espèce de servitude qu'on avait voulu établir, et de la disposition respective des fonds. Ainsi pour eux comme pour nous, une servitude discontinue dans son *exercice,* telles que sont celles de passage, de pacage, de puisage (art. 688) (4), n'avait pas moins une *cause* perpétuelle, si la disposition des lieux ne faisait pas obstacle à son exercice, la nécessité du fait actuel de l'homme pour cet exercice ne détruisant nullement la perpétuité de la *cause*, qui tenait plutôt encore au droit qu'au fait, à la servitude elle-même qu'à son simple exercice. Tout cela était assez métaphysique, assez subtil. Quoi qu'il en soit, la perpétuité de la *cause,* comme l'entendaient les Romains, n'est, chez nous, que de la *nature* des servitudes, et non de leur *essence;* c'est une circonstance qui a lieu le plus communément, mais qui n'est pas indispensable, et que l'on ne doit point confondre avec ce que nous entendons, dans l'esprit du Code, par la *continuité,* dont nous parlerons à la section suivante.

§ IV.

La servitude consiste, de la part du propriétaire du fonds assujetti, à souffrir ou à ne pas faire quelque chose.

462. Cette proposition, puisée dans la L. 15, § 1, ff. *de Servitutibus,* adoptée par nos auteurs les plus exacts comme axiome certain, est consacrée par le Code aux art. 697,698,699 (5), analysés et combinés. Et, en effet, c'est le fonds, et non la personne qui le possède, qui se trouve assujetti : cette personne n'a entendu obliger que son fonds, et non s'obliger elle-même. Ainsi, c'est au propriétaire de l'héritage dominant à faire les travaux, s'il en est besoin, pour exercer la servitude.

463. Cependant, suivant l'opinion commune des docteurs, le principe, même dans le droit romain, reçoit exception à l'égard de la servitude *oneris ferendi,* celle par laquelle votre mur doit supporter ma charge. C'est au maître du mur à l'entretenir et à le refaire, s'il y a lieu, pour qu'il puisse supporter la charge. Ulpien, dans la L. 6, § 2, ff. *Si servitus vindicetur,* établit clairement cette exception (6), contre le sentiment d'Aquilius Gallus, qui pensait qu'aucune servitude n'oblige celui qui la doit à *faire,* mais seulement à *souffrir* ou à ne pas *faire.* Il dit que l'avis de Servius a prévalu dans ce cas particulier, sauf au propriétaire du mur à l'abandonner pour se dispenser de le refaire. Cela tenait à cette espèce de servitude qui ne pouvait être exercée que par l'entretien du mur, d'où l'on a conclu que celui qui s'y était soumis avait, par cela même, promis ce qui serait nécessaire à l'exercice du droit, d'après cette règle de logique, qui veut la fin veut les moyens, sauf à lui à abandonner le mur.

(1) Huberus entend différemment le cas de cette loi. Selon lui, l'un des voisins a concédé à l'autre le droit de prendre, par le moyen d'une ouverture pratiquée dans le mur de celui-ci, l'eau qui serait nécessaire pour laver le pavé de sa cuisine.

(2) Au surplus, rien n'empêchait d'établir la servitude de cloaque, *jus cloacæ*. L. 7, ff. *de Servitutibus*, attendu que les eaux de pluie sont ordinairement reçues dans un cloaque, et que les eaux de pluie ont une cause perpétuelle, quoiqu'il ne pleuve pas continuellement.

(3) *Intervalla dierum et horarum, non ad temporis* CAUSAM, *sed ad* MODUM *pertinent jure constitutæ servitutis.* L. 4, § 2, ff. *de Servitutibus.*

(4) Code de Hollande, art. 724.

(5) Ibid., art. 735 et 736.

(6) *Voyez* aussi la loi 33, ff. *de Servit. præd. urb.*, qui est dans le même sens.

464. Chez nous, où les principes sont moins rigoureux, la décision d'Ulpien devrait à plus forte raison être suivie, avec le tempérament résultant de la faculté d'abandonner le mur pour se décharger de l'obligation de l'entretenir ou de le refaire. Mais alors le mur appartenant au voisin, celui qui aurait fait l'abandon n'aurait plus le droit de le faire servir à supporter son bâtiment, à moins que, en vertu de l'art. 661, il ne s'en fît céder la mitoyenneté, moyennant indemnité.

Ainsi, dans l'espèce de servitude dont nous parlons, il y a tacite convention que celui qui la doit entretiendra le mur à ses dépens : dans tous les autres cas, les travaux nécessaires à l'exercice du droit sont à la charge de celui qui veut en user. (Art. 698.)

Ces travaux peuvent toutefois être mis par le titre constitutif à la charge du propriétaire de l'héritage assujetti (*ibid.*), mais avec la faculté de s'affranchir de cette charge en abandonnant le fonds. (Art. 699.)

465. Nous verrons à la section VI, où nous traiterons du droit du maître du fonds dominant, et des obligations du propriétaire assujetti, quel est l'effet de la clause qui met les travaux à la charge de ce dernier, soit par rapport à ce qui doit être abandonné quand il veut s'en affranchir, soit par rapport aux tiers détenteurs du fonds servant.

§ V.

Le droit de servitude est indivisible.

466. Toute servitude prédiale (1) est indivisible, et ne peut en conséquence s'acquérir ni se perdre pour partie (2).

De là il suit que l'un des copropriétaires d'un fonds ne pouvait seul, dans le droit romain, stipuler valablement une servitude pour ce fonds, la stipulation eût été nulle : il eût fallu qu'elle eût été faite par tous (3). La raison de cela, c'est que la stipulation faite pour autrui, comme toute autre espèce de contrat, était nulle par défaut d'intérêt (4) : or le stipulant n'aurait eu intérêt à celle dont il s'agit qu'en proportion de sa part dans le fonds, et la servitude n'étant pas susceptible d'être divisée, s'appliquant nécessairement à tout l'héritage, puisqu'il est indivis, la conséquence finale, c'est que la stipulation était nulle. Celle que les autres copropriétaires auraient faite ensuite ne l'aurait même pas rendue valable, puisqu'elle eût été nulle elle-même, comme n'étant pas faite par tous les copropriétaires.

467. Mais comme, dans le droit moderne, le principe qu'on ne peut stipuler pour autrui ne s'entend pas avec la même rigueur, qu'on y déroge valablement lorsque la stipulation que l'on fait pour un tiers est la condition de celle que l'on fait pour soi-même (art. 1121), nous n'hésitons pas à penser que la convention de servitude faite par l'un des copropriétaires au profit de l'héritage commun ne fût valable (5), d'autant mieux que chaque associé peut améliorer la chose commune, et qu'il est toujours censé avoir reçu pour cela mandat de ses coassociés.

468. En sens inverse, un des copropriétaires ne peut, sans le concours des autres, grever le fonds commun d'une servitude ; et, en principe pur, la promesse eût été nulle dans le droit romain (6), puisque l'associé ne pouvait grever les parts des autres, et que la servitude ne pouvait s'établir pour partie. Cependant, et à la différence du cas précédent, si ces derniers venaient à ratifier en commun ou successivement, la dernière convention confirmait la première, et la servitude se trouvait établie par l'effet de cette dernière cession (7). Bien mieux, même avant la

(1) Nous disons *prédiale*, parce que, dans les vrais principes, l'usufruit aussi est une servitude, et n'est point indivisible. Voyez *supra*, n° 10.

(2) L. 2, § 2, *princip.*, ff. *de Verb. oblig.*— L. 8, § 1; L. 11; L. 17, L. *de Servitutibus.*— L. 6, § 1, ff. *Communia præd. tam urb. quam rust.*

Mais, *pro parte servitus retineri potest.* L. 8, § 1, ff. *de Servitut.*; L. 30, § 1, ff. *de Servit. præd. urb.*; d'où cette règle de droit : *Non est novum ut quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit a quo initium capere non potuissent.* L. 86, ff. *de Reg. juris.*

Rien n'empêchait non plus d'affranchir de la servitude une partie déterminée du fonds, par exemple, le côté du midi ; de même, on pouvait ne la constituer que sur telle partie seulement, ou pour telle partie du fonds dominant. L. 6, ff. *de Servitut.*

(3) L. 19, ff. *de Servitut. præd. rust.*

(4) L. 11, ff. *de Oblig. et actionib.*

(5) Tel est aussi le sentiment de Voet, tit. *Communia præd. tam urb. quam rust.*, n° 10.

(6) L. 34, ff. *de Servit. præd. rust.*

(7) L. 6, § 2, ff. *Comm. præd. tam urban. quam rust.*; L. 11, ff. *de Servit. præd. rust.*

ratification des autres, celui qui avait fait la première cession ne pouvait empêcher le cessionnaire de jouir de l'espèce de droit qu'il lui avait concédé (1). Ces décisions seraient incontestablement suivies dans notre droit.

469. Toutefois le Code ne s'explique pas positivement sur le caractère d'indivisibilité que nous attribuons aux servitudes, d'après le droit romain et ses interprètes les plus exacts; mais plusieurs de ses dispositions, notamment celles des articles 709 (2) et 710, n'ont pu être conçues telles qu'elles le sont, que dans la supposition qu'en effet les servitudes sont indivisibles aujourd'hui, comme elles l'étaient dans les anciens principes. Les conséquences qui découlent de ces mêmes dispositions démontrent cette vérité avec la dernière évidence.

470. Le premier de ces articles porte que si l'héritage en faveur duquel la servitude est établie appartient à plusieurs par indivis, la jouissance de l'un empêche la prescription à l'égard de tous.

Et le second, qui n'est, au reste, qu'une conséquence du premier (3), dispose que, si parmi les copropriétaires il s'en trouve un contre lequel la prescription n'ait pu courir, comme un mineur, il aura conservé le droit de tous.

Or cela ne peut avoir lieu que par l'effet de la maxime: *In individuis, minor majorem relevat;* car si le droit de servitude n'était pas indivisible, s'il pouvait se perdre et s'acquérir par partie, on ne voit pas pourquoi les majeurs qui n'ont pas su le conserver n'en seraient pas déchus par l'effet de la prescription ; et cependant ils le conservent, tellement que si, par suite du partage ou de la licitation, le fonds vient à leur appartenir en totalité, ils l'auront avec le droit de servitude, conservé en entier par l'effet de la jouissance légalement présumée du mineur, qui n'a maintenant plus de droit sur le fonds, et qui même est censé n'en avoir jamais eu (art. 883, 1872 (4) combinés). Le fonds, en effet, a été partagé ou licité *cum sua conditione,* avec la servitude encore existante. Tandis que, hormis le cas d'indivisibilité, et d'indivisibilité proprement dite, la conservation du droit de l'un des intéressés ne profite pas aux autres : ceux qui ont laissé courir contre eux la prescription ne peuvent se faire un appui de la minorité de leur coïntéressé pour être relevés de la déchéance dont ils sont frappés.

Ainsi, dit fort bien Pothier (5), si le droit dû à plusieurs est indivisible *natura aut saltem intellectu,* comme la *créance* (6) d'un certain *héritage,* et que le créancier meure laissant plusieurs héritiers, les uns majeurs, les autres mineurs, la minorité de ces derniers, pendant laquelle le cours de la prescription est suspendu, n'empêchera pas la prescription de courir contre les majeurs. Il en est autrement, ajoute-t-il, dans le cas *d'un droit de servitude.*

471. Mais lorsque le fonds dominant vient à être divisé, la servitude, quoique UNE *intellectu et jure,* devient néanmoins propre à chacune des parties du fonds ; en ce sens, toutefois, que ceux qui les possèdent maintenant sont obligés de l'exercer par le même endroit, et sans que la condition du fonds assujetti puisse en être aggravée (art. 700) (7): par conséquent, chacun de ces propriétaires ayant un droit distinct, doit le conserver par ses actes, ou par sa qualité, à peine de déchéance. La maxime précitée cesse alors d'être applicable.

En sens inverse, si c'est le fonds assujetti qui vient à être divisé, la servitude dont le mode d'exercice n'a point été restreint et limité à telle ou telle partie de ce fonds, continue de résider sur toutes comme auparavant ; mais si elle cesse d'être exercée sur telle ou telle portion pendant le temps déterminé par la loi pour la prescrip-

(1) Même L. 11. Mais cela n'était admis que par équité, *benignius,* comme dit le jurisconsulte, et non en vertu des principes purs.

(2) Code de Hollande, art. 737.

(3) Aussi on aurait pu, à la rigueur, se dispenser de l'insérer dans le Code, puisque l'inaction, supposée ou forcée, du mineur, contre lequel la prescription ne court pas (art. 2252), peut être assimilée, en ce qui touche la prescription, à la jouissance d'un copropriétaire majeur. Le Code y attache les mêmes effets.

(4) Code de Hollande, art. 1128 et 1689.

(5) *Traité des Obligations,* n° 647.

(6) Cela devait être fréquent au temps de Pothier, où, par exemple, la vente d'un fonds ne constituait qu'une simple *créance,* un simple *jus ad rem, actio in personam,* la tradition étant nécessaire alors pour conférer la propriété ; tandis qu'actuellement le seul consentement des parties suffit pour cela (article 1138), quand celui qui promet de livrer la chose en est propriétaire. *Voyez* au tome précédent, nos 225 à 231.

(7) Code de Hollande, art. 737.

tion, et que la prescription ait pu d'ailleurs courir contre le propriétaire dominant, cette portion sera désormais affranchie du droit.

472. Ces principes sur l'indivisibilité des servitudes considérées comme droit affectant les fonds qui en sont grevés, ne sont point contredits par la division que certaines d'entre elles peuvent souffrir dans le mode de leur exercice, lorsque le fonds dominant vient à être divisé.

Ainsi, d'après la L. 19, § 4, ff. *Communi dividundo,* une prise d'eau se divise de deux manières: ou en disposant le canal de façon à donner à chacun des intéressés le volume d'eau convenu par le partage du fonds auquel est due la servitude, ou en fixant le temps pendant lequel chacun d'eux pourra user de l'eau exclusivement (1).

Mais ce n'est là qu'une division du mode d'exercice de la servitude ; le droit n'en est pas moins indivisible en soi avec cet effet de pouvoir, tant que le fonds dominant ne sera pas partagé, être conservé dans son intégrité, et pour chacune des parties du fonds pour lesquelles il a été assigné, par cela seul que l'un des copropriétaires en aura joui, ou que, à raison de sa qualité, la prescription n'aura pu courir contre lui. A ce cas comme à toute autre espèce de servitude, s'appliqueraient les articles 709 et 710, qui ne font, en effet, aucune distinction, si ce n'est seulement touchant l'état d'indivision de l'héritage dominant. Aussi, dans les anciens principes, où les servitudes convenues par acte entre-vifs n'étaient, en général (2), réellement constituées, imposées au fonds que par une quasi-tradition (3), la stipulation d'une prise d'eau (4), d'un droit de passage pour tel héritage, n'était pas moins considérée comme indivisible dans ses effets; en sorte que si le stipulant fût venu à mourir avant même que sa *simple créance* eût été transformée en *droit réel* par une quasi-tradition, laissant parmi ses héritiers une personne contre laquelle la prescription n'avait pu courir, elle n'eût pas non plus couru contre les majeurs. Il en serait de même dans le droit actuel, où la servitude se trouve imposée par cela même qu'elle est valablement promise (art. 1138 (5) par argument), ce qui rend applicables les articles 709 et 710 précités, tant que l'héritage dominant n'est pas divisé.

473. De l'indivisibilité des servitudes il résulte que les actions qu'elles produisent sont elles-mêmes indivisibles. Ainsi, dans l'ancien droit, si celui qui avait promis une servitude était venu à mourir laissant plusieurs héritiers, chacun d'eux pouvait être actionné pour la délivrer (6): le créancier n'était point obligé de diriger sa poursuite contre tous, sauf au défendeur à mettre en cause ses cohéritiers (7). *Vice versa,* chacun des héritiers du créancier décédé avait aussi dans sa personne l'action pour le tout (8).

474. Mais puisque aujourd'hui le droit réel existe dès le principe, chacun des héritiers de celui à qui la servitude a été concédée a bien, il est vrai, l'action pour le tout, tant que le fonds dominant n'est pas divisé, soit que la servitude ait été exercée ou non ; et il l'a également contre chacun des héritiers de celui qui a promis la servitude, tant qu'ils possèdent par indivis l'héritage qui la doit.

Mais dès que le partage des biens du concessionnaire a eu lieu, l'action n'appartient plus qu'à ceux aux lots desquels le fonds dominant est échu (art. 883); car il ne peut plus être question d'exécuter une promesse : l'obligation de constituer ou d'imposer la servitude sur le fonds, cette constitution étant résultée, de plein droit, de l'acte même de concession, par application de l'article 1138. Il ne pourrait plus être question que d'une *maintenue* en jouissance, pour

(1) *Voyez* aussi la L. 5, § 1, ff. *de Servitutibus.*

(2) Nous disons *en général*, parce que les servitudes *négatives* étaient imposées, constituées de plein droit, même dans les actes entre-vifs, par le seul fait du consentement, comme n'étant, par leur nature, susceptibles d'aucune tradition quelconque.

(3) L. 20, ff. *de Servitut.*, et surtout L. 11, analysée et combinée avec la L. 8, § 1, au même titre, et la L. 30, § 1, ff. *de Servit. præd. urban.* — L. 20, Cod. *de Pactis*, par argument. *Voyez* au tome précédent, le nº 490, où nous citons le sentiment commun des docteurs par rapport à l'établissement de l'usufruit dans les actes entre-vifs.

(4) La L. 17, ff. *de Servitutibus*, le dit formellement à l'égard de la prise d'eau, *aquæductus.*

(5) Code de Hollande, art. 1273.

(6) L. 17, ff. *de Servitutibus.*

(7) Et cette faculté, consacrée par l'art. 1225, et sous la limitation apportée par cet article, était plutôt encore de notre ancienne jurisprudence que du droit romain.

(8) Même L. 17.

laquelle l'action n'appartiendrait qu'à l'héritier propriétaire exclusif de l'immeuble (1), et, après le partage des biens de celui qui a fait la concession, elle ne pourrait être dirigée que contre ceux de ses héritiers au lot desquels serait échu le fonds assujetti, et leurs successeurs quelconques dans la possession de l'immeuble, qui s'opposeraient à l'exercice de la servitude; en admettant, bien entendu, qu'il en était propriétaire lorsqu'il a concédé le droit; autrement tous ses héritiers devraient la garantie, du moins généralement.

Nous aurons plus d'une fois occasion de revenir sur ces points, surtout quand nous traiterons des obligations *divisibles et indivisibles:* ce que nous venons de dire suffit au développement du principe, que *tout* droit de servitude est indivisible.

§ VI.

Les servitudes sont des droits réels.

475. La servitude est un droit dans le fonds même qui en est affecté, et dans celui au profit duquel elle est établie, un *droit réel*, pour employer le langage de la doctrine, et même de la loi: c'est, métaphoriquement parlant, une qualité active et passive des héritages qui en sont l'objet (2), mais non, comme on le dit quelquefois, un démembrement de la propriété elle-même, qui n'en est pas moins *entière*, quoique son usage soit plus ou moins restreint; car, autre chose est le domaine, autre chose est son exercice: je suis propriétaire absolu de tel fonds, quoique vous y ayez un droit de servitude (3); j'en puis valablement disposer, je puis l'hypothéquer sans votre consentement, et intégralement.

476. Mais comme votre droit est dans la chose même, toute disposition quelconque que je ferai de cette chose, et en quelque main qu'elle passe, n'empêchera pas que ce droit ne puisse s'exercer sur elle comme si elle m'appartenait encore (4). La transmission de l'immeuble s'opère, comme en matière d'hypothèque, *cum sua conditione;* et *vice versa*, la transmission de l'héritage dominant aura lieu avec le droit de servitude qui y est attaché. De là, les actions qui naissent des servitudes, et dont nous parlerons ultérieurement.

§ VII.

Les servitudes n'établissent aucune prééminence d'un héritage sur l'autre.

477. En décidant que la servitude n'établit aucune prééminence en faveur du fonds dominant sur l'héritage assujetti (art. 638), les auteurs du Code avaient en vue d'écarter toutes les conséquences du régime féodal, aboli chez nous dans ses derniers vestiges par les lois de la révolution.

478. Ainsi le propriétaire d'un fonds grevé d'une servitude n'est pas plus, à raison de la possession de ce fonds, le vassal du maître de l'héritage dominant, qu'il ne l'était chez les Romains: la servitude n'est imposée qu'aux fonds et pour l'utilité d'autres fonds, sans qu'il en puisse résulter aucune prééminence, soit politique, soit même honorifique, en faveur des propriétaires de ceux-ci, sur les propriétaires de ceux-là.

479. Ainsi l'on devrait regarder comme contraire aux vrais principes de la matière et du droit de propriété, et en conséquence comme nulle, l'obligation que consentirait le maître du fonds A, par exemple, de ne pouvoir, ainsi que ses successeurs quelconques dans ledit héritage, l'aliéner sans l'assentiment du maître du fonds B, quel qu'il fût, ou sans lui payer une certaine somme pour droit de vente, ainsi que le vassal y était assujetti jadis envers le seigneur.

§ VIII.

Les servitudes peuvent être établies sous certaines modalités.

480. Quoiqu'il soit dans la nature des servitudes d'être perpétuelles, ou du moins de ne s'éteindre que dans les cas prévus par la loi, néanmoins on peut les établir pour ne durer que jusqu'à un certain temps, ou pour cesser par l'arrivée de tel événement. De même, on peut aussi convenir qu'elles ne commenceront qu'à

(1) L. 2, § 1, ff. *si Servitus vindicetur.*
(2) L. 86, ff. *de Verb. signif.*
(3) Même L. 86, ff. *de Verb. signif.*
(4) L. 12, *Commun. de præd. tam urb. quam rust.*; § 2, *de Actionib.* Instit.

partir d'un jour fixé, ou si tel événement arrive. Les pactes qui n'ont rien de contraire à l'ordre public, et qui ne sont d'ailleurs point opposés à l'essence de l'acte auquel ils sont attachés, doivent être exécutés fidèlement : or ceux dont il s'agit sont de ce nombre, parce qu'ils ne font que modifier la nature des servitudes, sans être contraires à leur essence (1).

481. Et quoique aussi les servitudes prédiales soient imposées à des fonds pour l'utilité d'autres fonds, on peut cependant en établir qui seront en quelque sorte personnelles par la désignation d'une personne qui aura seule le droit d'en user pour tel héritage : cette restriction était adoptée par les lois romaines (2), absolument étrangères au système féodal, dont les auteurs du Code ont seulement voulu écarter l'application jusque dans ses derniers vestiges, quand ils ont dit (art. 686) que les servitudes ne pourraient être établies *en faveur de la personne, mais seulement en faveur d'un fonds;* car ils n'ont pas entendu par là interdire des conventions qui n'ont rien de contraire à l'ordre public ni à l'essence du droit de servitude, qu'elles ont simplement pour objet de modifier dans son exercice ou sa durée.

482. L'usage des servitudes peut aussi être alternatif et séparé par le temps : par exemple, vous aurez le droit de prendre l'eau tel jour de la semaine, et ainsi de suite ; ou vous pourrez la prendre pendant six heures chaque jour (3) ; ou vous passerez par telle allée pendant le jour, et non la nuit, ce qui est assez fréquent dans les villes (4). Ces modifications à l'exercice du droit ne portent même point atteinte au principe de la perpétuité de la *cause* des servitudes, principe auquel les jurisconsultes romains s'étaient, comme on l'a vu, si fortement attachés.

483. Enfin, l'on peut valablement attribuer un *mode* d'exercice spécial à la servitude : par exemple, dans la servitude de vue, que vous ne pourrez avoir que des fenêtres de telle dimension, de telle forme ; dans celle de passage, que vous pourrez passer seulement à pied, ou à cheval, ou que vous aurez le droit de faire passer un troupeau, ou des bêtes de somme avec leur charge, ou même des chars ou chariots (5) ; que pendant que telle partie du fonds sera ensemencée, vous passerez sur l'autre, ou bien que vous aurez seulement passage pour sortir la vendange de votre vigne, le foin de votre pré, la pierre de votre carrière, etc., etc.

Dans tous ces cas, l'on devra s'attacher au titre ou à l'usage acquis par la prescription, s'il a pu s'acquérir de cette manière, ce que nous examinerons ultérieurement.

Ces principes généraux suffisent pour faire connaître les caractères et les effets des servitudes.

SECTION II.

COMMENT L'ON PEUT DIVISER LES SERVITUDES.

SOMMAIRE.

(1) La L. 4, ff. *de Servitutibus*, dit bien, il est vrai, que les servitudes ne peuvent être établies sous les modalités dont nous venons de parler ; mais cette décision n'était portée qu'en principes purs, car, au moyen de l'exception née du pacte, ces conventions recevaient leur effet : *Tamen si hæc adjiciantur, per pacti vel doli exceptio occurretur contra placita servitutem vindicanti.*

(2) *Si tamen testator personam demonstravit, cui servitutem præstari voluit, emptori vel heredi non eadem præstabitur servitus.* L. 4, ff. *de Servit. præd. rust.*

La L. 37, au même titre, renferme une semblable décision.

Dans ce cas, la servitude est une espèce d'usage, relatif toutefois à un fonds, qui s'éteindra comme un usage proprement dit, par la mort de la personne désignée, mais, dans les principes du droit romain, avec cette différence néanmoins que l'usage proprement dit eût été éteint de plein droit par la mort de l'usager; au lieu que, dans l'espèce, comme il y a servitude *prédiale* quoique restreinte, elle eût cessé de prendre fin seulement *opposita doli exceptione,* comme dans le cas où elle avait été concédée jusqu'à telle époque, ou pour finir à l'arrivée de tel événement.

(3) L. 5, § 1, ff. *de Servit.*; L. 2, ff. *de Aqua quotid. et æstiv.*

(4) L. 14, ff. *Communia præd. tam urb. quam rust.*

(5) LL. 4 et 5, ff. *de Servit.*

489. *Importance de la distinction en ce qui concerne la prescription à l'effet d'acquérir les servitudes;*
490. *En ce qui concerne aussi l'effet de la possession et des actions possessoires;*
491. *Et encore en ce qui concerne la prescription à l'effet d'éteindre les servitudes.*
492. *Les conduites d'eau dont le mode de jouissance est alternatif, sont-elles aussi des servitudes continues dans l'esprit du Code?*

§ III.

Les servitudes sont apparentes ou non apparentes.

493. *Quelles sont les servitudes de l'une et de l'autre espèce? Texte de l'art 689.*
494. *La distinction a la même importance, quant à l'acquisition du droit par le moyen de la prescription, et quant à l'effet de la possession et de l'action possessoire, que pour les servitudes continues ou discontinues.*
495. *Les servitudes apparentes sont continues ou discontinues, mais il en est peu qui soient tout à la fois apparentes et discontinues.*
496. *Y a-t-il lieu de faire, pour l'établissement des servitudes par suite de la destination du père de famille, une distinction entre la servitude continue et apparente, et celle qui est apparente aussi, mais discontinue? Renvoi.*

§ IV.

Les servitudes sont positives ou négatives.

497. *Démonstration de la proposition par différents exemples.*
498. *Toutes les servitudes négatives n'ont par elles-mêmes aucun signe de leur existence, et ne peuvent dès lors s'acquérir par prescription.*
499. *Au lieu que les servitudes affirmatives peuvent s'acquérir par prescription lorsqu'elles sont apparentes et continues.*
500. *Importance, dans les anciens principes, de la distinction entre les servitudes positives et négatives, qui n'existe plus aujourd'hui.*

484. Indépendamment de la grande division des servitudes en servitudes prédiales et en servitudes personnelles (1), qui appartient encore à la doctrine, si elle n'appartient plus à la loi, on peut diviser les servitudes de plusieurs manières, en les considérant sous des points de vue différents.

Ainsi, 1° les servitudes sont urbaines ou rurales;

2° Elles sont continues ou discontinues;

3° Apparentes ou non apparentes;

4° Positives ou négatives.

C'est ce que nous allons expliquer rapidement.

§ Ier.

Les servitudes sont urbaines ou rurales.

485. Toutes les servitudes sont établies pour l'usage des bâtiments ou pour celui des fonds de terre.

De là, la division des servitudes en urbaines et rurales.

Les servitudes urbaines sont établies pour l'usage des bâtiments, soit que les bâtiments auxquels elles sont dues soient situés à la ville ou à la campagne. (Art. 687) (2).

Les servitudes rurales sont établies pour les fonds de terre. (*Ibid.*)

Et quoique l'on ne soit pas d'accord en cela avec l'étymologie, il faut néanmoins regarder, par extension, comme servitude rurale, celle qui est établie au profit d'un fonds de terre, par exemple, d'un enclos, d'un jardin, même situé dans une ville ou dans un faubourg; car n'étant pas constituée au profit d'un bâtiment, elle est nécessairement comprise dans l'autre branche de la division. De même, on ne s'attache pas non plus à l'étymologie des servitudes urbaines, puisqu'on comprend dans cette classe celles qui sont établies au profit des bâtiments, même situés à la campagne.

486. Cette division, au reste, n'est aujourd'hui que de pure doctrine, bien qu'elle ait été l'objet d'une disposition du Code. C'est un emprunt fait sans nécessité aux commentateurs du droit romain (3); car il n'y a aucune différence

(1) C'est-à-dire l'usufruit, l'usage, l'habitation. *Voyez* tome précédent, n° 467.

(2) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(3) Aussi était-il loin d'en être ainsi dans les principes de ce droit, surtout de l'ancien, relativement à la manière d'acquérir les servitudes par l'usucapion. Mais comme cela exigerait de nombreuses explications sans beaucoup d'utilité, nous nous bornerons ici à cette observation générale.

entre les effets, soit quant aux modes d'établissement des servitudes de l'une et de l'autre classe, soit quant aux modes d'extinction des unes et des autres; et toutes s'exercent conformément au titre constitutif.

Il est vrai que les servitudes urbaines sont, pour la plupart, apparentes et continues, et que celles de cette nature sont susceptibles de s'acquérir par prescription comme par titre; tandis que les servitudes rurales sont, en général, discontinues et non apparentes, et par conséquent non susceptibles de s'acquérir aujourd'hui par la prescription (art. 691). Mais cette différence n'est pas essentielle; ce n'est point à la qualité d'*urbaines*, mais bien à celle de *continues et apparentes* qu'est attaché ce mode d'acquisition, puisqu'il est des servitudes de cette classe qui ne sont point apparentes (1), et d'autres qui ne sont point continues (2), lesquelles, d'après cela, ne peuvent s'acquérir de cette manière : comme, en sens inverse, il existe des servitudes rurales apparentes et continues (3), susceptibles, dès lors, de s'établir par ce mode.

Ainsi, dans les principes du Code, nous ne voyons, sous aucun rapport, l'utilité de la distinction des servitudes en urbaines et rurales. Cependant dans un ouvrage principalement de doctrine, il n'était pas permis de la passer sous silence.

§ II.

Les servitudes sont continues ou discontinues.

487. « Les servitudes continues sont celles « dont l'usage *est* (4) ou *peut être* (5) continuel « sans avoir besoin du fait actuel de l'homme : « tels sont les conduites d'eau, les égouts (6), les « vues, et autres de cette espèce. » (Art. 888) (7).

Tels sont surtout la prohibition de bâtir sur un terrain, ou de bâtir au-delà de telle hauteur, le droit de faire supporter ma charge par le mur du voisin, de faire avancer ma galerie, mon balcon ou mon toit sur son terrain.

488. « Les servitudes discontinues sont celles « qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour « être exercées : tels sont les droits de passage, « de puisage, pacage, et autres semblables. » (Art. 888.)

489. La distinction est importante sous plusieurs rapports :

1° En ce que les servitudes de la première espèce peuvent, si elles sont en même temps apparentes, s'acquérir par la prescription comme par titre (art. 690, 691) (8); tandis que celles de la seconde ne peuvent s'acquérir que par titre.

490. 2° Aussi les premières, si elles sont en même temps apparentes, peuvent être la matière d'une action possessoire, en ce sens que celui qui les a exercées paisiblement, publiquement, et non à titre précaire, pendant plus d'un an, et qui n'a pas cessé de les exercer depuis plus d'une année, doit être maintenu dans sa jouissance, s'il agit dans l'année du trouble; au lieu que dans les secondes, le propriétaire du fonds sur lequel elles sont prétendues doit toujours, soit en demandant, soit en défendant, si l'adversaire n'a pas de titre, être maintenu dans la jouissance libre de son fonds, ainsi que nous l'expliquerons plus bas, en traitant des actions auxquelles les servitudes peuvent donner lieu.

491. 3° Dans les servitudes continues, la prescription à l'effet de les éteindre ne commence à courir que du jour où celui qui l'invoque a fait un acte contraire à l'exercice de la servitude (art. 707) (9). De ce moment seulement il commence à prescrire à l'effet de libérer son héritage. Tandis que dans les servitudes discontinues, la

(1) Par exemple, la prohibition de bâtir sur un terrain pour procurer des jours plus agréables à une maison.

(2) Un droit de passage ou de puisage.

(3) *Puta* une prise d'eau.

(4) *Puta* la prohibition de bâtir sur tel terrain.

(5) Par exemple un droit de vue, dont on peut jouir sans cesse pour éclairer un appartement, comme on peut n'en jouir que par intervalles, en ouvrant les volets

(6) Car, quoiqu'il ne pleuve pas continuellement, la servitude ne s'en exerce pas moins d'une manière continue, puisqu'elle est utile au maître du fonds dominant toutes les fois qu'il a besoin qu'elle soit exercée de fait, et sans que lui-même soit obligé de rien faire pour cela. Voilà pourquoi cette servitude était considérée dans le droit romain lui-même comme ayant *perpetuam causam*. L. 28. ff. *de Servit præd. urb.* Voyez *supra*, n° 468, note.

(7) Code de Hollande, art. 724.

(8) Ibid., art. 744-746.

(9) Ibid., art. 733.

prescription commence son cours à partir du jour où l'on a cessé d'en jouir (art. 707), encore que le propriétaire du fonds assujetti n'ait lui-même rien fait pour faire cesser cette jouissance.

Cette distinction, bien analysée, n'est toutefois pas dans le fond des choses; car aussi dans les servitudes continues, la prescription ne commence son cours que du jour où le maître du fonds dominant a cessé d'en jouir, par l'acte contraire à l'exercice de la servitude qu'a fait le propriétaire de l'héritage assujetti : jusque-là il en jouissait en effet, puisqu'elle n'avait pas besoin de son fait pour être exercée. La différence consiste seulement en ce que, dans les servitudes discontinues, c'est par un fait négatif de la part du propriétaire du fonds dominant, si l'on peut s'exprimer ainsi, que la prescription commence son cours à l'effet d'éteindre la servitude; au lieu que dans les servitudes continues, c'est par un fait positif de la part du maître de l'héritage assujetti.

492. Ainsi qu'on vient de le voir, l'art. 688 donne comme exemple de servitudes *continues* les conduites d'eau, sans aucune distinction. Cependant, il en est de plusieurs sortes : les unes qui s'exercent sans interruption, si ce n'est celle que la nature des choses où le maître du fonds dominant apporte à sa jouissance; et il n'y a aucune difficulté à l'égard de celles-là : elles sont évidemment des servitudes continues. Mais d'autres ont un mode d'exercice alternatif : par exemple, avant midi et non le soir, le jour et non la nuit, de deux jours l'un, depuis tel jour de la semaine jusqu'à tel autre, pendant telle saison seulement, etc.; évidemment dans ces dernières, le fait de l'homme est nécessaire pour rouvrir le canal ou fossé (*aquarum iter*) qui avait été bouché pendant le temps où la servitude ne s'exerçait pas, soit en levant une écluse ou une bonde, soit de toute autre manière. L'article précité porte que la servitude continue est celle dont l'usage *est* ou *peut être* continuel sans avoir besoin du fait *actuel* de l'homme : or il semble que cette condition ne se rencontre pas dans les servitudes dont il s'agit; car l'*usage* n'en est pas continuel, puisqu'il est alternatif, interrompu : le *droit* est sans doute continuel, comme dans la servitude de passage; mais l'exercice du droit, l'usage du droit, ne l'est pas. Il n'y a pas lieu non plus de dire qu'il *peut* l'être, puisque ce serait dénaturer la concession, changer l'esprit du titre constitutif.

Néanmoins, tel n'est pas notre sentiment : nous croyons qu'on ne doit, en effet, faire aucune distinction à l'égard des prises ou conduites d'eau; qu'elles sont toutes servitudes continues, et par conséquent toutes susceptibles de s'acquérir par prescription, et de donner lieu avec effet à l'action possessoire, si l'on a la possession utile et que l'on y soit troublé.

Sans doute il faut, dans les conduites d'eau dont nous venons de parler en dernier lieu, le fait de l'homme pour pouvoir, après l'interruption de l'exercice, les exercer encore; mais ce fait n'est pas continuellement exigé, comme dans les servitudes de passage, de puisage, de pacage : il ne l'est que pour faire cesser l'interruption résultant de l'acte de concession; et une fois que l'exercice a été repris, la servitude s'exerce sans ce fait, tout de même que celle de vue, dont l'exercice avait été interrompu par la fermeture des volets, et dont on use en les ouvrant. Ces interruptions qui tiennent tantôt à la nature des choses, tantôt aux dispositions du titre constitutif, n'enlèvent point à la servitude son caractère de continuité; autrement il faudrait aller jusqu'à dire, par voie de conséquence, et pour ne pas se jeter dans l'arbitraire, que la prise d'eau constituée pour en user alternativement de deux années l'une, ce qui n'est certainement point contraire à la nature des servitudes, n'est elle-même qu'une servitude discontinue; et cependant elle est, à n'en pas douter, servitude continue. Voilà pourquoi, dans le droit romain lui-même, suivant lequel, comme on l'a vu plus haut, la perpétuité de la *cause* était exigée avec une rigueur qui allait parfois jusqu'à la subtilité, les servitudes dont il s'agit n'étaient pas moins censées avoir une *cause* perpétuelle : *Intervalla dierum et horarum non pertinent ad temporis causam*. L. 4, § *ult.* ff. *de Servit.*

Le fait de l'homme était cependant exigé pour faire cesser les interruptions de jouissance, et d'après le L. 28, ff. *de Servit. præd. urb.*, *non habet causam perpetuam quod manu fit, sed quod ex naturali causa fit* (1); mais c'est que par *fait*

(1) Nous n'entendons toutefois pas dire par là que la perpé-

de l'homme, on n'entendait pas, et l'on ne doit pas entendre le fait qui met en état d'exercer la servitude, comme serait de déboucher un fossé de temps à autre, de lever une bonde ou une écluse, mais le fait par lequel la servitude s'exerce actuellement, fait dans lequel, en un mot, consiste tout son exercice : comme le fait de passer sur un terrain quand il s'agit d'un droit de passage, et dont la cessation entraîne nécessairement la discontinuation de l'exercice ou de l'usage du droit; ce qu'on ne peut dire, encore une fois, d'un droit de prise d'eau, quoique alternatif, puisqu'une fois l'écluse lâchée, la servitude s'exerce pendant le repos de l'homme. Ainsi, l'on doit entendre l'article 688 sans aucune distinction, quand il donne d'une manière générale, comme exemple de servitudes *continues*, les *conduites d'eau*.

§ III.

Les servitudes sont apparentes ou non apparentes.

493. « Les servitudes apparentes sont celles « qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs, « tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc.

« Les servitudes non apparentes sont celles « qui n'ont pas de signe extérieur de leur exis- « tence, comme, par exemple (1), la prohibition « de bâtir sur un fonds, ou de ne bâtir qu'à une « hauteur déterminée. » (Art. 689) (2).

494. Cette distinction a la même importance, quant à l'acquisition du droit par le moyen de la prescription (art. 491), et par rapport à l'effet de la possession et de l'action possessoire, que celle qui existe entre les servitudes continues et les servitudes discontinues; en sorte que ce que nous avons dit à cet égard au paragraphe précédent est applicable ici.

495. Les servitudes apparentes sont continues, ou discontinues : par exemple, une conduite d'eau est tout à la fois apparente, puisqu'elle s'annonce par un aqueduc, et continue, d'après l'art. 688; et un droit de passage qui s'annonce par une porte est par cela même apparent, et il est discontinu puisque le fait de l'homme est nécessaire pour son exercice. C'est peut-être la seule servitude qui soit tout à la fois apparente et discontinue, et encore ne l'est-elle pas toujours.

496. En expliquant les articles 692, 693, 694, relatifs à l'établissement des servitudes par suite de la destination du père de famille, ou de la tacite volonté de celui qui était propriétaire des deux fonds, et qui a disposé de l'un d'eux, nous verrons s'il importe de faire, sous ce rapport, une distinction entre la servitude continue et apparente, et celle qui est apparente aussi, mais discontinue.

§ IV.

Les servitudes sont positives ou négatives.

497. Toute servitude consistant, de la part du propriétaire assujetti, à *souffrir* ou à *ne pas faire* (3), la servitude est positive (ou affirmative) quand ce propriétaire est seulement tenu de *souffrir* quelque chose; alors l'autre est obligé de faire telle ou telle chose pour exercer le droit : telles sont les servitudes de vue, de passage, de puisage, de pacage, etc., qui toutes, en effet, consistent, quant à leur exercice, dans le fait du maître de l'héritage dominant.

Au lieu que la servitude est négative quand le propriétaire du fonds assujetti est tenu de ne pas faire certaine chose, ce qui n'empêche pas qu'elle ne s'exerce quoique le maître du fonds dominant ne fasse lui-même rien pour cela : par exemple, la soumission de ne pas bâtir sur tel terrain, ou de ne pas bâtir au delà de telle hauteur, et autres analogues.

498. Toutes les servitudes négatives n'ont par

tuité de la *cause* et la continuité fussent la même chose: car une servitude de passage n'était assurément point continue, et elle avait cependant une *cause* perpétuelle, s'il n'existait pas de fonds intermédiaire qui fit obstacle à son exercice, ainsi que nous l'avons dit plus haut, nº 435; car la perpétuité de la cause s'estimait principalement d'après la possibilité où était le propriétaire du fonds dominant d'exercer la servitude quand bon lui semblait, du moins conformément à son titre; ce qui s'appliquait aux servitudes dont le mode d'exercice était alternatif comme aux autres.

(1) Il en est, en effet, bien d'autres : ainsi celle de pacage, de puisage à un puits ou à une fontaine où d'autres puisent également; la prohibition d'avoir des jours libres à la distance où il serait permis d'en avoir d'après la loi, etc., etc.

(2) Code de Hollande, art. 725.

(3) L. 15, § 1, ff. *de Servitut*. Voyez *supra*, nº 462.

elles-mêmes aucun signe de leur existence : elles sont toutes non apparentes ; en sorte qu'elles ne peuvent jamais s'acquérir par prescription. D'ailleurs, celui qui prétendrait les avoir acquises de cette manière ne pourrait nullement justifier de sa prétention, puisqu'il n'a rien fait sur le fonds du voisin, n'y a rien possédé : ce dernier, en s'abstenant jusqu'à ce jour de faire ce qu'il veut faire maintenant, par exemple bâtir, n'a fait qu'user d'une pure faculté, ce qui est exclusif de toute possession et de toute prescription (art. 2232) (1). Il en serait ainsi aujourd'hui, encore qu'il s'écoulât plus de trente ans depuis la sommation qui lui serait faite de ne point bâtir; car cette sommation ne serait pas un titre, et une telle servitude ne peut s'établir que par titre. (Art. 691.)

499. Tandis que les servitudes affirmatives peuvent s'acquérir par prescription comme par titre lorsqu'elles sont apparentes et continues. (Art. 690.)

Elles sont susceptibles aussi de s'acquérir par suite de la destination du père de famille, ce qui n'a pas lieu à l'égard des servitudes négatives.

500. Suivant les anciens principes, les servitudes affirmatives, ou positives, n'étaient réellement constituées, imposées aux fonds dans les actes entre-vifs, que par une quasi-tradition, par l'exercice du droit ou un fait quelconque; jusque-là le droit réel n'existait pas encore. Au lieu que les servitudes négatives n'étant susceptibles d'aucune quasi-tradition, elles étaient constituées par le seul consentement des parties. Aujourd'hui cette distinction n'a plus lieu, parce que toute servitude régulièrement convenue affecte aussitôt l'héritage.

SECTION III.

DES DIVERSES ESPÈCES DE SERVITUDES ÉTABLIES PAR LE FAIT DE L'HOMME.

SOMMAIRE.

501. *Énumération des principales servitudes établies par le fait de l'homme.*

502. *L'étendue de leurs effets se règle par le titre constitutif, et à défaut d'explication dans le titre, par les principes qui vont suivre.*

501. Nous allons expliquer rapidement les effets des principales servitudes, que l'on peut réduire aux suivantes, sans toutefois que nous prétendions dire par là qu'il n'y en ait pas encore quelques autres ; car, aux termes de l'art. 686, les propriétaires peuvent établir toutes celles que bon leur semble, pourvu qu'elles soient imposées aux fonds pour l'utilité d'autres fonds, et qu'elles n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public. Mais celles dont il va être spécialement parlé sont les plus usuelles, et les autres s'y rapportent généralement.

1° Celle de faire supporter une charge par le mur du voisin ;

2° Celle de faire avancer une galerie ou autre objet sur le terrain du voisin ;

3° Celle d'égout ;

4° Celle de ne pas bâtir sur tel terrain, ou de ne pas bâtir au delà de telle hauteur ;

5° Celle de vue ;

6° Celle de *prospect ;*

7° Celle de passage ;

8° Celle de pacage ;

9° Celle de puisage et d'abreuvage ;

10° Celle de prise d'eau (*aquæductus*).

502. L'étendue de ces diverses servitudes se règle par le titre constitutif ; mais comme il ne s'explique pas toujours d'une manière positive, il faut bien alors s'attacher à la nature de chacune d'elles, telle que les lois romaines, leurs interprètes et la jurisprudence l'ont définie, puisque le Code ne s'explique pas non plus spécialement sur leurs effets particuliers.

§ Ier.

De la servitude de supporter la charge du voisin.

SOMMAIRE.

503. *La servitude* oneris ferendi *a cela de particulier, que c'est au maître du mur à l'entretenir en état de supporter la charge, s'il n'aime mieux l'abandonner, sauf convention contraire.*

(1) Code de Hollande, art. 1993.

504. *L'enlèvement des poutres, du mur assujetti, ne fait pas seul évanouir la servitude.*

505. *Celui à qui est due la servitude ne peut placer dans le mur du voisin un plus grand nombre de poutres qu'il n'a été convenu, ni les mettre ailleurs qu'à l'endroit indiqué.*

503. Par cette servitude, que dans la doctrine on nomme *oneris ferendi*, le maître du mur doit, à moins de stipulation contraire, l'entretenir en état de supporter la charge du voisin, ou l'abandonner; et cette décision n'est point opposée à la règle que c'est le propriétaire de l'héritage dominant qui doit, à moins de convention contraire, faire les travaux nécessaires à l'exercice de la servitude (art. 698); car la nature particulière de celle dont il s'agit le comporte ainsi. Voilà pourquoi, dans le droit romain, où le principe de notre article était rigoureusement suivi, le propriétaire du mur était néanmoins tenu de l'entretenir, de le refaire même si cela était nécessaire, ou d'en faire l'abandon (1). Or il est invraisemblable qu'on ait entendu s'écarter en ce point de la décision des lois romaines, qui étaient suivies en cela dans l'ancienne jurisprudence. Le mur, d'ailleurs, sert à son propriétaire, et il ne serait pas juste dès lors que ce fût le maître du fonds dominant qui dût l'entretenir ou le refaire à ses frais.

504. Si c'est ma poutre ou mes solives que j'ai le droit de faire appuyer dans ou sur le mur du voisin (2), la servitude ne s'éteindrait point par cela seul que la poutre ou les solives viendraient à périr de vétusté ou seraient enlevées pour autre cause; elle subsistera tant que le mur qui la doit, ou celui qui l'aurait remplacé (art. 665), subsistera lui-même, à moins que je n'aie laissé passer le temps de la prescription sans remplacer une nouvelle poutre ou de nouvelles solives. J'en puis donc replacer de nouvelles, en même nombre, et à la même place.

505. Si le titre portait simplement que j'aurais le droit de pouvoir placer mes poutres dans votre mur, j'en pourrais placer tant qu'il en faudrait pour soutenir mon bâtiment (3), et même faire des étages autant que la hauteur de votre mur le comporterait. Mais si le nombre des étages avait été déterminé, je ne pourrais, sans une nouvelle concession, y placer des poutres pour soutenir d'autres étages; comme je ne pourrais, si le nombre des poutres ou solives avait été fixé, ou si leur place avait été réglée, en avoir un plus grand nombre, ou les mettre dans un autre endroit.

§ II.

De la servitude de pouvoir faire avancer sa galerie ou autre saillie sur le fonds du voisin.

SOMMAIRE.

506. *En quoi consiste cette servitude.*

506. Cette servitude (4) consiste dans la faculté de pouvoir faire avancer sa galerie, son balcon ou toute autre saillie, comme le bord d'un toit (5), sur le terrain du voisin, mais sans pouvoir l'y appuyer (6), à moins de convention contraire.

Comme celui qui a la propriété du sol a aussi la propriété du dessous et du *dessus* (art. 552), il est besoin d'un droit de servitude pour pouvoir faire ainsi avancer sur le fonds voisin une partie quelconque d'un bâtiment, lors même qu'il n'y aurait à l'endroit sur lequel régnerait l'avancement ni arbres ni constructions quelconques (7).

§ III.

De la servitude d'égout.

SOMMAIRE.

507. *On déroge, par une convention, à l'art. 681, qui veut que l'on ne puisse faire écouler les eaux de son toit chez le voisin.*

(1) L. 6, § 2, ff. *si Servit. vindic.*; L. 33, ff. *de Servit. præd. urb.*

(2) C'est alors la servitude *tigni immittendi*, qui diffère peu de la précédente. *Voyez* L. 20, ff. *de Præd. urb.*; L. 242, § 1, ff. *de Verb. signif.*

(3) Voet, tit. *de Servitut. præd. urb.*, n° 2.

(4) Qu'on appelle *Servitus projiciendi*.

(5) S'il y a aussi faculté par le titre de pouvoir faire découler les eaux du toit sur le terrain du voisin, c'est la servitude d'égout, *stillicidii recipiendi*; si l'on ne doit pas faire tomber les eaux, mais les diriger ailleurs par le moyen d'un conduit, il n'y a que la servitude *projiciendi*.

(6) L. 2, ff. *de Servitut. præd. urb.*; L. 242, ff. *de Verb. signif.*, combinées.

(7) *Voir supra*, n° 415.

508. *L'obligation de recevoir les eaux de ma cour, de mes écuries, est aussi une servitude d'égout.*
509. *Elle peut être stipulée activement par le voisin.*

507. On a vu (1) que, d'après l'art. 681, tout propriétaire doit établir des toits de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son terrain ou sur la voie publique, sans pouvoir les faire verser sur le fonds du voisin ; mais on déroge licitement à cette disposition de droit commun par une convention : alors il y a servitude d'égout, *stillicidii recipiendi* (2), par laquelle le voisin est tenu de souffrir que l'eau de mon toit tombe sur son terrain, et par conséquent que le bord de mon toit y domine suffisamment à cet effet.

508. S'il s'agit de l'obligation, pour le voisin, de recevoir les eaux qui s'écoulent de ma cour, de mes écuries, etc., c'est également une servitude d'égout (3).

509. Elle peut être aussi stipulée activement, parce que les eaux peuvent être utiles au voisin : aussi importe-t-il de bien voir dans quels termes a été conçu le titre constitutif, et quelle a pu être l'intention des parties, car les effets sont évidemment très-différents.

§ IV.

De la prohibition de bâtir sur un terrain ou de bâtir au delà de telle hauteur (4).

SOMMAIRE.

510. *Utilité de la servitude* altius non tollendi.
511. *Cette servitude n'empêche pas de planter des arbres sur le terrain assujetti.*
512. *Elle ne renferme pas la servitude de vue.*
513. *Mais si les jours existaient déjà lors de la constitution, on pourrait, suivant les circonstances, l'interpréter comme emportant aussi le droit de les maintenir.*
514. *L'effet de la servitude de* ne point bâtir, *quant à l'étendue du terrain sur lequel elle règne, est déterminé par le titre.*

510. Cette servitude est ordinairement établie pour que le propriétaire du fonds dominant ait des vues ou un aspect plus agréable; car, sans elle, le maître du fonds assujetti pourrait bâtir jusqu'à la ligne séparative, et à la hauteur que bon lui semblerait, en se conformant toutefois, à cet égard, aux règlements (5). (Art. 552.)

511. Elle n'a pour effet que d'empêcher le voisin de bâtir sur le terrain indiqué, ou de bâtir au delà de la hauteur convenue, mais non de l'empêcher d'y planter des arbres, d'y avoir des bosquets (6), ni d'y établir un cloaque, à la différence de la servitude de *prospect*, qui interdirait, non pas absolument de planter des arbres, mais de faire toute chose qui nuirait à la beauté de l'aspect que l'on s'est proposé d'avoir (7).

512. Au surplus, elle ne renferme pas la servitude de vue, *luminum;* cette dernière est *affirmative*, tandis que la première est *négative;* elle se borne simplement à empêcher celui qui s'y est soumis, de bâtir, ou de bâtir au delà de la hauteur convenue.

Ainsi, j'ai ma maison située à 8 ou 10 pieds de

(1) *Supra*, n° 415.

(2) C'est quand l'eau tombe *guttatim.*

(3) Elle s'appelle, dans le droit romain, *fluminis recipiendi.* Il est fait mention de l'une et de l'autre dans la L. 2, ff. *de Servit. præd.*

Les Romains avaient les servitudes contraires, *stillicidii vel fluminis non recipiendi*, mais elles ne sont point en usage dans notre droit, à cause de la disposition de l'art. 681; sauf toutefois que, pour se décharger de la servitude légale de l'art. 640, le propriétaire inférieur pourrait très-bien convenir avec le propriétaire supérieur, que celui-ci retiendra chez lui les eaux qui découlent naturellement de son fonds. Mais alors, suivant ce qui a été dit précédemment, n° 146, et ailleurs, ce serait plutôt la constitution d'une servitude sur ce dernier fonds, que l'extinction d'une servitude véritable qui aurait existé à son profit.

(4) C'est la servitude appelée en droit *Servitus altius non tollendi.* Il en est fait mention dans la L. 2, ff. *de Servit. præd. urb.*, et au § 1, Instit., *de Servitutibus.*

On connaissait aussi la servitude *altius tollendi*, qui n'était point, comme l'ont cru mal à propos quelques interprètes, la remise de celle *altius non tollendi;* car il y aurait eu anomalie d'appeler servitude l'extinction d'une servitude. Mais elle supposait l'existence d'un statut local portant prohibition d'édifier au delà de telle hauteur, avec faculté toutefois, pour les voisins, d'y déroger par une convention ; et l'on dit qu'il en existait un semblable à Constantinople sous les derniers empereurs. Alors la servitude était *altius tollendi quam statuto permittebatur.* Comme nous n'avons pas de pareils statuts, cette servitude est inconnue dans nos mœurs.

(5) On ne pourrait, en effet, dans les villes, élever une maison à une hauteur démesurée : la sûreté publique en serait compromise.

(6) L. 12, ff. *de Servit. præd. urb.* — (7) Même loi.

la ligne séparative, et pour avoir des vues plus agréables, je conviens avec vous que vous ne bâtirez pas sur votre terrain : je n'aurai pas pour cela, si je veux rapprocher ma maison de la limite des deux fonds, le droit d'avoir des jours d'aspect à moins de 6 pieds de distance.

513. Toutefois, si l'on suppose qu'au moment de l'établissement pur et simple de la servitude dont il s'agit, j'avais déjà, sans droit, des jours à moins de 6 pieds de la ligne séparative, on pourrait, suivant les circonstances, et d'après l'intention présumée des parties, voir dans la convention la servitude *ne luminibus officiatur* unie à celle *altius non tollendi ;* en d'autres termes, on pourrait y voir, non-seulement la défense de bâtir imposée au propriétaire du terrain, mais encore une renonciation de sa part au droit de me forcer à supprimer mes jours : car il serait assez naturel de penser que je n'ai entendu lui imposer la prohibition de bâtir qu'afin de pouvoir les conserver dans l'état où ils se trouvaient alors. Ce serait une question d'interprétation d'intention ; mais, en principe, la servitude dont nous parlons n'emporte point celle de vue.

514. L'effet de la servitude de *ne point bâtir*, quant à l'étendue du terrain sur lequel elle règne, est déterminé par le titre constitutif. Si la prohibition est générale et sans réserve, elle s'étend à tout le fonds, à moins que l'intention bien évidente des parties ne voulût une autre interprétation de la généralité des termes dont elles se seraient servies. Si la servitude était établie par vente, le doute devrait s'interpréter contre le vendeur, parce que tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre lui. (Art. 1602.)

§ V.

De la servitude de vue.

SOMMAIRE.

515. *Ce qu'on doit entendre, dans notre droit, par servitude* de vue.
516. *Son étendue se règle par le titre constitutif.*
517. *Il pourrait y avoir été dérogé pour un mode d'exercice différent suivi pendant le temps requis pour la prescription.*
518. *Effet de la clause qui m'autoriserait d'une manière générale à avoir les jours de ma maison sur votre terrain.*
519. *La servitude* de vue *n'emporte point celle* de prospect, *ni celle* altius non tollendi.
520. *A quelle distance de la ligne séparative doit s'interdire de bâtir, au delà de la hauteur des fenêtres, celui qui doit la servitude* de vue.
521. *On peut, au contraire, convenir avec le voisin qu'il n'aura pas les jours que la loi l'autorise à avoir.*

515. Nous avons parlé des vues que l'on peut avoir sur la propriété d'autrui en vertu des seules dispositions de la loi (1) (art. 676, 677); il s'agit ici des vues établies par le fait de l'homme, des véritables servitudes de vue, que l'on nomme, dans le langage du droit, servitudes *luminum* ou *luminis immittendi* (2).

Dans notre droit (3), la servitude de vue consiste à avoir des fenêtres d'aspect ou des jours obliques, mais libres, à une distance moindre de l'héritage du voisin que celle qui est fixée par les articles 678 et 679 : à la distance prescrite, les jours que l'on a, on les a *jure dominii*, et non *jure servitutis.*

516. L'étendue de cette espèce de servitude se règle, comme celle des autres servitudes, par le titre constitutif ; en sorte que si le nombre, la la forme, la dimension et la place des fenêtres ou des ouvertures quelconques ont été déterminés, on suivra le titre.

517. On s'en écarterait cependant si, par suite de la prescription à l'effet d'acquérir les servitudes ou de les éteindre, il avait été apporté des changements, en plus ou en moins, au mode d'exercice de celle dont il s'agit ; car le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude

(1) Voyez *supra*, nos 403 et suiv.

(2) Celle *ne luminibus meis officiatur*, dont il est notamment fait mention à la L. 15, ff. *de Servit. præd. urb.*, paraît être la même que celle *luminum* ou *luminis immittendi :* il y aurait seulement entre ces diverses concessions cette différence, que la dernière ne suppose pas que les jours existent déjà quand elle a lieu ; tandis que la première le suppose. Au reste, les docteurs ont beaucoup disputé sur le point de savoir si elles ne constituaient pas diverses servitudes plus ou moins différentes entre elles. *Voyez* Vinnius sur ce titre, aux Instit.

(3) Car on est loin d'être d'accord sur ce qu'était positivement cette servitude dans le droit romain. *Voy.* Vinnius, *loco citato*,

même, et de la même manière. (Art. 708) (1). Nous reviendrons sur ce point.

518. La convention par laquelle il serait dit purement et simplement que je pourrai avoir sur votre terrain les jours de la maison que je me propose de construire, sans autre explication, me donnerait le droit de pratiquer ceux que bon me semblerait, et à chaque étage qu'il me conviendrait de donner à ma maison. Mais la convention par laquelle je serais simplement autorisé à ouvrir des jours pour le service de ma maison déjà existante, ne me donnerait le droit que d'en pratiquer pour les étages qu'elle a maintenant, et non pour ceux que je croirais devoir ajouter par la suite ; à moins que des circonstances ne résultât l'intention contraire des parties. A plus forte raison, si je stipulais le droit d'avoir des jours pour tel ou tel étage de ma maison, qui en a plusieurs, ou pour telle ou telle chambre, ne pourrais-je en pratiquer pour un autre étage ou une autre chambre.

519. La servitude de vue seule n'emporte point celle de *prospect*, dont nous allons parler au paragraphe suivant, et qui est généralement plus étendue (2) ; elle n'emporte pas davantage la prohibition, pour celui qui la doit, de bâtir sur son terrain, pourvu qu'il ne fasse rien de contraire à l'exercice du droit.

Il pourrait ainsi bâtir jusqu'à la hauteur des fenêtres dans toutes les parties de son fonds indistinctement ; car il ne nuirait pas par là aux jours, *quia lumen e cœlo accipitur,* quoiqu'il nuisît à la beauté de l'aspect ; mais il ne doit pas la servitude d'aspect.

520. Quant à la distance à laquelle il devrait s'interdire de bâtir au delà de la hauteur des fenêtres, lorsqu'il n'y a aucune clause à ce sujet dans le titre constitutif, c'est un point sur lequel le Code ne s'explique pas ; et cependant il ne nous paraît pas vraisemblable qu'après avoir défini, avec tant de précision, la distance à observer pour avoir des jours libres sur l'héritage du voisin sans un titre de servitude, il ait entendu laisser à l'arbitraire du juge de déterminer celle que devrait observer, pour bâtir, celui qui a concédé un droit de vue sur son terrain. On pourrait donc dire : Celui qui a des jours libres à 6 pieds au moins de la ligne séparative, n'exerce point une servitude sur le fonds du voisin (article 678) ; et, par argument *e contrario,* le voisin qui doit une servitude de vue n'est pas censé en gêner l'exercice quand il bâtit au moins à 6 pieds (3). Mais nous croyons que les 6 pieds ne devraient être comptés qu'à partir de la ligne séparative : autrement le droit de servitude se réduirait à presque rien, si la maison où sont les jours était elle-même éloignée de près de 6 pieds de la limite des deux fonds.

521. En sens inverse de la servitude de vue, on peut convenir que le propriétaire d'un bâtiment éloigné de plus de 6 pieds de la ligne séparative n'y ouvrira pas de fenêtres, ainsi qu'il a le droit d'en ouvrir, ou qu'il supprimera celles qui y sont. On peut, par la même raison, convenir que celui qui est à moins de 6 pieds de la limite ne pourra pas pratiquer les jours à fer maillé et verre dormant autorisés par les articles 676, 677, ou qu'il supprimera ceux qui existent ; car, dans ce cas, le voisin peut avoir intérêt à cette suppression (4).

§ VI.

De la servitude de prospect (5).

SOMMAIRE.

522. *En quoi consiste cette servitude.*

522. Cette servitude consiste dans l'obligation où est celui qui la doit de ne rien faire sur son fonds qui puisse nuire à la beauté de l'aspect dont jouit une maison ou une terrasse ; par conséquent il ne doit point y bâtir dans les limites déterminées explicitement ou implicitement par le titre.

Aussi, comme nous l'avons dit, la prohibition qu'elle renferme est-elle plus étendue que celle qu'emporte la simple servitude de vue (6). Voilà

(1) Code de Hollande, art. 736.

(2) L. 15, ff. *de Servit. præd. urb.*

(3) *Voyez* ce qui a été dit à cet égard, *supra*, n° 326, p. 121 et suivantes.

(4) Voet, tit. *de Servit.*, n° 10.

(5) *Servitus prospectus* ou *ne prospectui offendatur.*

(6) *Inter servitutes* NE LUMINIBUS OFFICIATUR *et* NE PROSPECTUI OFFENDATUR, *aliud et aliud observatur : quod in* PROSPECTU *plus*

pourquoi le maître du fonds assujetti ne pourrait y planter des arbres qui masqueraient la vue, ni y établir une mare, un cloaque, ou tout autre objet d'un aspect désagréable, du moins tel est le sentiment commun des docteurs ; mais l'intention exprimée ou présumée des parties sera toujours la première règle à suivre dans l'appréciation de l'étendue de la prohibition.

§ VII.

De la servitude de passage.

SOMMAIRE.

523. *La servitude de passage est une des plus fréquentes.*
524. *Comment on peut en varier le mode d'exercice.*
525. *On s'attache au titre pour déterminer l'étendue de la servitude, mais il peut y avoir été dérogé.*
526. *A moins de convention contraire, le maître du fonds assujetti a le droit de se servir du chemin.*

523. La servitude de passage est une des plus fréquentes : tantôt elle a lieu pour le service d'une maison ou autre bâtiment, afin de fournir une issue ou un trajet plus court à la voie publique ; tantôt elle est établie pour l'exploitation d'un fonds de terre. Le mode d'exercice en est aussi très-varié.

524. Quelquefois, en effet, il n'est dû qu'un passage à pied ; d'autres fois il est dû pour passer à cheval, ou même avec chars et chariots, ou pour conduire un troupeau à tel ou tel pâturage. En certains cas il ne peut s'exercer que de jour, et non la nuit ; dans d'autres, il a lieu seulement en certaine saison de l'année, pour sortir, par exemple, le foin d'un pré, la vendange d'une vigne, etc.; il arrive même, dans quelques cas, que l'endroit par où il doit s'exercer varie en raison de l'état actuel de culture du fonds qui le doit : ainsi vous passerez par la partie à droite de mon fonds quand celle à gauche sera ensemencée, et *vice versa*.

525. Mais, dans toutes les hypothèses, on suit le titre constitutif, sauf les dérogations qui pourraient y avoir été faites par une nouvelle convention, ou même par un usage différent prolongé pendant le temps requis pour la prescription (art. 708), suivant ce qui sera dit ultérieurement (1). Et dans aucun cas le maître du fonds dominant ne peut, sans l'agrément du propriétaire de l'héritage assujetti, faire servir le passage à un autre usage que celui pour lequel il a été concédé, ni, par la même raison, autoriser un tiers à s'en servir.

526. Le propriétaire assujetti peut, à moins de convention contraire, se servir du chemin, puisque le sol sur lequel il règne lui appartient ; mais alors il devra, comme nous l'avons dit en parlant du passage que s'est fait céder celui dont le fonds était enclavé, contribuer à l'entretien du chemin, sauf convention contraire.

§ VIII.

De la servitude de pacage.

SOMMAIRE.

527. *Ce qu'est la servitude de pacage.*
528. *Il en a été précédemment parlé sous plusieurs rapports : renvoi.*
529. *Il ne faut pas la confondre avec le simple droit de* parcours, *dont parle l'article du Code.*
530. *Le maître du fonds assujetti peut y faire paître son troupeau.*

527. La servitude de pacage est le droit qu'a le propriétaire d'un fonds rural, d'envoyer paître le troupeau attaché à ce fonds sur l'héritage d'au-

quis habet, ne quid ei officiatur ad gratiorem prospectum, et liberum ; in LUMINIBUS *autem non officere, nec lumina cujusquam obscuriora fiant : quodcumque igitur faciat ad luminis impedimentum, prohiberi potest, si servitus debeatur ; opusque ei novum nunciari potest, si modo sic faciat, ut lumini noceat.* L. 15, ff. *de Servit. præd. urb.*

LUMEN, *id est, ut cœlum videretur : et interest inter* LUMEN *et* PROSPECTUM *: nam prospectus etiam ex inferioribus locis est : lumen ex inferiore loco esse non potest.* L. 16, *eodem titulo.*

(1) Nous n'entendons point, au reste, préjuger, quant à présent, la question de savoir si le mode d'exercice de cette servitude, qui est discontinue, peut aujourd'hui devenir plus onéreux par l'effet de la prescription, ou même si la servitude n'est pas éteinte par la prescription du premier mode : ce point sera traité à la sect. V, § 3, *infra*.

trui, tantôt sur un terrain déterminé, tantôt sur toute la surface du domaine, selon le titre.

528. En parlant des droits d'usage établis au profit des communes, des droits de pâturage dans les bois et forêts, et du droit de se clore et du parcours, nous avons expliqué les dispositions les plus importantes touchant cette espèce de servitude (1).

529. Cependant il ne faut pas la confondre avec le simple droit de *parcours*, sur lequel statue l'art. 648 du Code; car, dans le cas de cet article, il n'y a réellement pas servitude, mais bien un simple usage local, auquel on peut se soustraire en faisant enclore son terrain (art. 647), au lieu que celui qui doit la servitude de pacage ne pourrait s'en affranchir par la clôture de son fonds; il ne pourrait même se clore si le parcours était dû aux habitants d'une commune, et qu'il fût fondé sur un *titre* (2); mais s'il était dû à un particulier, la clôture pourrait avoir lieu, pourvu qu'elle ne diminuât pas l'usage de la servitude : l'art. 701 (3) serait le régulateur des prétentions respectives des parties.

530. Le maître du fonds assujetti peut, à moins de convention contraire, faire paître son troupeau, pourvu qu'il ne l'augmente pas outre mesure, de manière à rendre illusoire le droit qu'il a concédé (4).

§ IX.

Des servitudes de puisage et d'abreuvage.

SOMMAIRE.

531. *En quoi consiste la servitude de puisage.*
532. *Elle emporte ordinairement la faculté de passer pour le puisage.*
533. *Mais le passage n'est dû que comme accessoire et moyen : conséquence.*
534. *En quoi consiste la servitude d'abreuvage.*

531. La servitude de puisage est le droit de pouvoir puiser au puits, à la fontaine, ou à la citerne d'autrui, l'eau nécessaire à l'habitation d'une maison, à l'arrosement d'un jardin, ou à l'exploitation d'une fabrique dont on est propriétaire.

Car si l'on n'en était que détenteur à titre précaire, par exemple locataire, il n'y aurait pas droit de servitude, mais bien seulement droit d'obligation (5).

Cette servitude est essentiellement discontinue, parce que le fait actuel de l'homme est absolument nécessaire pour qu'elle puisse s'exercer (art. 688), à la différence des conduites d'eau (*ibid.*), dont il a déjà été parlé sous ce rapport (6), ainsi que sous plusieurs autres.

532. D'après le principe, *Qui veut la fin veut les moyens*, celui qui accorde une servitude de puisage est censé accorder aussi le droit de passer pour pouvoir puiser (art. 696) (7), si toutefois le passage est nécessaire pour cela, parce que le fonds dominant ne joindrait pas immédiatement le puits, la fontaine ou la citerne du voisin.

533. Mais, à moins de disposition contraire dans le titre constitutif, ce passage ne constitue pas par lui-même une servitude spéciale : il n'est dû que comme accessoire de celle de puisage, et comme moyen de l'exercer. D'où il suit que la simple remise du droit de puisage, ou son extinction par toute autre cause, entraînerait par cela même celle du passage; et d'où il suit encore que celui à qui le puisage est dû ne pourrait, sans l'agrément du propriétaire assujetti, faire servir le passage à un autre usage.

534. La servitude d'abreuvage (8) consiste dans le droit, pour le propriétaire d'une métairie, de pouvoir mener boire son troupeau à la fontaine, à la mare ou à l'étang d'autrui. Elle emporte aussi, comme la précédente, le passage nécessaire à cet effet; et il n'y aurait même que servitude de passage seulement, s'il s'agissait du droit de mener boire, par le terrain d'autrui, le troupeau à un cours d'eau quelconque.

(1) Voyez *supra*, sect. 3 du chap. VI, et sect. 3 du chap. VII du titre précédent; et sect. 3 du chap. I du présent titre.
(2) Voyez *supra*, n° 263.
(3) Code de Hollande, art. 739.
(4) Voet, tit. *de Servit. præd. rust.*, n° 10.
(5) Voyez *supra*, n° 448.
(6) N° 487, et surtout n° 492.
(7) Code de Hollande, art. 740.
(8) *Adpulsus pecoris ad aquam.*

§ X.

De la servitude de prise ou conduite d'eau.

SOMMAIRE.

535. *Renvoi pour l'explication de cette espèce de servitude.*

535. En adoptant la division générale du Code sur ce titre, nous avons exposé, dans les explications que nous avons données sur les articles 640 et suivants (1), tout ce qu'il y a de plus important à dire sur ce sujet. Pour éviter d'inutiles répétitions, nous nous bornerons donc à renvoyer à nos observations précédentes.

SECTION IV.

PAR QUI LES SERVITUDES DÉRIVANT DU FAIT DE L'HOMME PEUVENT-ELLES ÊTRE IMPOSÉES, ET PAR QUI PEUVENT-ELLES ÊTRE ACQUISES ?

Ce sera l'objet des deux paragraphes suivants.

SOMMAIRE.

§ Ier.

Par qui peuvent être imposées les servitudes dérivant du fait de l'homme.

536. *Pour pouvoir imposer des servitudes à un fonds, il faut en être propriétaire.*

537. *Il faut de plus avoir la libre administration de ses biens.*

538. *Application de cette condition aux concessions de servitudes faites par des mineurs;*

539. *A celles qui auraient été faites par des interdits, ou par un individu mis sous l'assistance d'un conseil judiciaire, sans l'assistance de ce conseil;*

540. *Enfin à celles qui auraient été faites par des femmes mariées non valablement autorisées.*

541. *L'usufruitier, le fermier, le mari à l'égard des biens personnels de sa femme, les envoyés en possession provisoire de ceux d'un absent, ne peuvent, en ces qualités, consentir des servitudes.*

542. *L'emphytéote le peut cependant, mais les servitudes cesseront avec sa jouissance.*

543. *Le mari peut également, sous certaines distinctions, imposer des servitudes sur les immeubles de la communauté.*

544. *Un des propriétaires par indivis ne peut constituer des servitudes au préjudice de ses copropriétaires.*

545. *En général, si la propriété vient à se résoudre dans la main de celui qui a consenti les servitudes, elles s'évanouissent avec son droit.*

546. *Les hypothèques ne peuvent souffrir d'atteinte des constitutions de servitude faites depuis leur établissement : conséquence.*

547. *Il n'y a pas lieu à purger, par l'offre d'un prix, les concessions de servitude, des hypothèques qui grèvent le fonds, comme lorsqu'il s'agit de la propriété.*

§ II.

Par qui peuvent être acquises les servitudes dérivant du fait de l'homme.

548. *En général, pour acquérir une servitude à un fonds il faut en être propriétaire.*

549. *Ainsi le fermier, le locataire, n'ont pas qualité à cet effet, quoiqu'ils eussent expressément déclaré qu'ils feraient ratifier par le propriétaire, et que celui-ci ratifiât en effet.*

550. *Il en serait de même de l'usufruitier; mais l'emphytéote peut stipuler des servitudes pour la durée de l'emphytéose.*

551. *Dans les principes du Code, il n'est pas nécessaire d'être seul propriétaire d'un fonds pour lui acquérir une servitude.*

552. *Je puis stipuler une servitude pour un fonds que je me propose d'acquérir.*

553. *Le simple possesseur peut faire acquérir une servitude au fonds par l'usage qu'il en fait.*

554. *La servitude concédée à un propriétaire dont le droit vient à se résoudre avant qu'elle soit acquise au fonds par l'usage, cesse avec ce droit.*

555. *Application de cette décision aux servitudes concédées à l'acquéreur à réméré.*

556. *Un père, même sans exercer la tutelle, acquiert valablement des servitudes aux héritages de son enfant mineur, et un mari à ceux de sa femme.*

557. *L'annulation des concessions de servitude faites à un incapable ne peut être demandée que par lui.*

§ Ier.

Par qui peuvent être imposées les servitudes dérivant du fait de l'homme?

536. Pour pouvoir imposer des servitudes à un fonds, il faut, en général, être propriétaire

(1) Voyez *supra*, sect. I du chap. I de ce titre, page 48, et notamment les nos 132 à 191, et 203 à 244.

de ce fonds, ou avoir reçu à cet effet mandat du propriétaire.

537. Il faut, de plus, que le concédant ait la libre disposition de ses biens, du moins en général; car les services fonciers étant des droits immobiliers, des immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent (art. 526), il est clair que pour pouvoir valablement en constituer, on doit, en principe, être capable de disposer des biens que l'on y voudrait soumettre. Cette condition n'est d'ailleurs rien autre chose que l'application du droit commun, tel que l'établit l'art. 1124 (1), en disant : « Les incapables de contracter sont « les mineurs, les interdits, les femmes mariées, « dans les cas déterminés par la loi, et générale« ment tous ceux à qui la loi interdit certains « contrats. »

538. Ainsi les mineurs ne peuvent grever leurs biens de servitudes, à moins que la convention qu'ils feraient à cet égard ne leur causât aucun préjudice, par exemple, parce qu'ils auraient reçu en retour des servitudes plus avantageuses pour leurs fonds, que celles qu'ils ont consenties ne leur seraient onéreuses. Car, d'après l'article 1125 (2), ils ne peuvent attaquer leurs engagements que dans les cas prévus par la loi; et suivant l'art. 1305 (3), c'est la simple lésion, dans toutes les conventions quelconques faites par le mineur non émancipé, et, à l'égard du mineur émancipé, dans les actes qui excèdent les bornes de sa capacité, telle qu'elle est déterminée au titre *de la Tutelle*, qui ouvre aux mineurs l'action en rescision de leurs engagements; il faut donc qu'il y ait lésion, autrement cet art. 1305 n'aurait aucune application. Mais ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans de plus grands développements sur ce point; nous le ferons au titre *des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général*.

539. Ainsi encore, les interdits, et même ceux qui sont simplement placés sous l'assistance d'un conseil judiciaire pour cause de prodigalité ou de faiblesse d'esprit, ne peuvent grever leurs fonds de servitudes, à moins que ces derniers ne soient assistés du conseil qui leur a été donné. (Articles 502, 499 et 513 combinés.)

540. Enfin, les femmes mariées ne peuvent constituer des servitudes sur leurs immeubles qu'avec l'autorisation de leur mari, ou, à défaut de cette autorisation, qu'avec celle de la justice (art. 217, 218); et même lorsqu'il s'agit d'immeubles soumis au régime dotal proprement dit, comme ils sont inaliénables pendant le mariage, sauf quelques cas d'exception (art. 1554), ils ne peuvent, par la même raison, être grevés de servitudes.

541. Puisqu'il faut être propriétaire du fonds que l'on veut soumettre à une servitude pour pouvoir le faire valablement, ou du moins avoir reçu mandat à cet effet du propriétaire, il suit de là que l'usufruitier (4), le locataire, le mari à l'égard des biens personnels de sa femme, les envoyés en possession provisoire de ceux d'un absent, ne peuvent, en ces seules qualités, imposer des servitudes sur les héritages dont ils jouissent ou qu'ils administrent ; tandis qu'un propriétaire peut, sans le consentement de l'usufruitier, constituer celles qui ne nuiraient point à la jouissance de ce dernier, comme la soumission de ne point bâtir sur tel terrain, ou de n'y point bâtir au delà de telle hauteur (5).

542. Cependant l'emphytéote peut en établir sur le fonds (6), mais dont la durée sera mesurée sur celle de sa jouissance. Son droit, en effet, est assimilé, sauf la perpétuité, au droit de propriété lui-même : c'est une propriété moins pleine, sans doute, que la propriété ordinaire, mais c'est une propriété.

543. Le mari peut aussi constituer seul des servitudes sur les biens de la communauté, mais avec quelques distinctions.

Il le peut sans difficulté, s'il le fait à titre onéreux. (Art. 1421.)

Il le peut également par testament, et alors

(1) Code de Hollande, art. 1366.
(2) Ibid., art. 1367.
(3) Ibid., art. 1482
(4) L. 15, § 7, ff. *de Usuf. et quemad.*
(5) L. 16, ff. *de Usufr. et quemad. Voyez* tome précédent, nos 1394 et 1452.
(6) *Voyez* tome précédent, no 835.

s'appliquera l'art. 1423, c'est-à-dire, que si l'immeuble tombe au lot de ses héritiers, ceux-ci seront tenus de souffrir l'exercice de la servitude (1), et s'il échoit au lot de la femme, et que celle-ci ne consente pas à l'exécution de la disposition, le légataire a droit à une indemnité, qui se prendra sur la part des héritiers du mari dans la communauté, et même sur ses biens personnels. On estimerait ce que peut valoir le droit de servitude, comme on le fait à l'égard de l'immeuble lui-même, quand c'est l'immeuble qui a été légué et qu'il échoit au lot de la femme. Le plus ou moins de difficulté que pourrait présenter cette appréciation, l'impossibilité même de la faire d'une manière exacte, ne seraient point des raisons suffisantes pour priver le légataire de l'avantage que le testateur a entendu lui conférer, et rendre ainsi sans effet la volonté de ce dernier.

Mais en disant que le mari ne peut seul disposer des immeubles de la communauté par donation entre-vifs, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs, l'art. 1421 précité lui refuse par cela même le droit de les grever, par actes de cette sorte, de servitudes en faveur de tout autre, au préjudice de sa femme ou des héritiers de celle-ci; car, encore une fois, les services fonciers sont des *immeubles* par l'objet auquel ils s'appliquent; ils renferment une notable atténuation du droit de propriété. En conséquence, la cession gratuite, et par acte entre-vifs, que le mari aurait faite au profit d'un autre qu'un enfant commun, serait subordonnée dans ses effets à la non-acceptation de la communauté par la femme ou ses héritiers, ou, en cas d'acceptation de leur part, à la circonstance que l'immeuble assujetti tomberait au lot du mari ou de ses héritiers. Mais il est clair que durant la communauté, dont le mari a seul la libre administration, la femme ne pourrait s'opposer à l'exercice de la servitude.

544. Du principe qu'il faut être propriétaire du fonds assujetti, ou avoir reçu mandat du propriétaire, pour pouvoir y établir des servitudes, il suit encore que celui qui n'a qu'une part indivise dans le fonds, comme le tiers, le quart, ne peut, sans le consentement de ses copropriétaires, en constituer qui soient obligatoires pour eux (2). Elles ne le deviendraient que par leur ratification, parce que la ratification équipolle au mandat. Mais il ne pourrait cependant lui-même s'opposer à leur exercice, quoique la ratification n'eût pas encore eu lieu : il doit au moins respecter ses actes (3).

545. La qualité de propriétaire, avec la capacité de contracter ou de disposer, suffit sans doute pour pouvoir constituer valablement des servitudes : mais pour le faire avec des effets permanents, il faut, de plus, être propriétaire incommutable, du moins généralement (4) ; car si la propriété vient à se résoudre dans la main du constituant par l'effet d'une révocation, d'une rescision ou d'une condition résolutoire, les droits qu'il a lui-même concédés à des tiers s'évanouissent avec le sien, par application de la règle si connue, et érigée en loi dans l'article 2125 relativement aux hypothèques, *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* Mais nous reviendrons sur ce point quand nous traiterons de l'extinction des servitudes.

546. La circonstance que les biens d'une personne sont grevés d'hypothèques, ne l'empêche sans doute pas de les grever aussi de servitudes, mais elle ne peut néanmoins le faire au détriment des droits de ceux à qui elle a consenti ces hypothèques. Telle servitude, en effet, par exemple la prohibition de bâtir sur un terrain situé dans une ville, enlèverait à ce terrain la majeure partie de sa valeur, et diminuerait, dans la même proportion, celle du gage déjà consenti aux créanciers, et sur la foi duquel ils ont contracté : aussi le

(1) Pourvu, bien entendu, s'ils étaient héritiers ayant droit à une réserve, que le testateur n'eût pas disposé au delà de la quotité disponible. Au surplus, ils pourraient, dans le doute sur le point de savoir si cette quotité n'a pas été dépassée par le legs de la servitude lui-même, user de la faculté que l'art. 917 leur donne dans un cas analogue, et, en conséquence, ou exécuter la disposition, ou abandonner la quotité disponible en nature, ou ce qui en resterait.

(2) L. 2, ff. *de Servit.*

(3) Voyez *supra*, no 468.

(4) Nous disons *généralement*, parce qu'il y a quelques exceptions, notamment pour le cas ou les servitudes auraient été constituées par les envoyés en possession définitive, et que l'absent reparaîtrait : il reprendrait ses biens dans l'état où ils se trouveraient (art. 132). Il en serait de même si c'étaient ses enfants ou descendants qui vinssent les réclamer dans les trente ans (article 133). L'art. 958 renferme aussi une modification du principe.

principe en lui-même n'est-il susceptible d'aucune objection ; toute la difficulté consiste dans l'application.

D'abord, supposons qu'au moment où les créances hypothécaires deviennent exigibles, les immeubles sont encore dans la main du débiteur : l'expropriation, faute de payement, peut en être poursuivie par les créanciers, sans égard aux servitudes dont il s'agit; mais nous croyons qu'il faudrait assigner, avant l'adjudication, ceux au profit desquels elles ont été constituées, pour les faire annuler contradictoirement avec eux, comme ayant été établies en fraude de ces créanciers. L'article 1167 (1) serait applicable. Il en devrait même être ainsi, encore que la fraude ne fût point prouvée, si le préjudice était réel et de quelque importance ; car le débiteur n'a pu, par son fait, diminuer les sûretés qu'il avait données à ses créanciers, et ceux qui ont reçu de lui les cessions des servitudes n'ont pu les accepter que sous l'obligation de respecter, dans tous leurs effets, les droits qui étaient déjà acquis à d'autres sur les mêmes biens.

Mais si l'adjudication avait eu lieu sans que l'annulation des concessions eût été prononcée contradictoirement avec les parties intéressées, l'adjudicataire serait obligé d'en souffrir l'exercice, puisqu'il serait censé avoir acquis en conséquence; sauf son recours contre le débiteur pour celles qui n'étaient point apparentes et qui n'auraient pas été déclarées dans le cahier des charges, et même, si ces servitudes étaient tellement onéreuses qu'il serait évident que l'adjudicataire n'aurait pas acquis s'il les avait connues, le droit de demander contre ce dernier la résiliation du contrat d'adjudication, par application de l'art. 1638 (2).

Si les immeubles avaient été aliénés depuis la constitution des servitudes, et que l'acquéreur se mît en mesure de purger les hypothèques, en offrant un prix aux créanciers inscrits, nous pensons, si cette offre leur paraissait insuffisante, qu'ils devraient, en surenchérissant dans le délai, et sous les conditions prescrites par la loi, procéder contre les cessionnaires des servitudes comme il vient d'être dit sur le cas où l'expropriation est poursuivie contre le débiteur lui-même; car le prix offert étant moindre en raison de l'existence des servitudes, les créanciers hypothécaires éprouveraient par cela même un préjudice s'ils ne les faisaient annuler, afin de pouvoir faire vendre les immeubles à un prix supérieur. Cela n'a pas besoin d'être plus amplement démontré ; et tout ce qui vient d'être dit est applicable, quelle que soit l'espèce d'hypothèque au préjudice de laquelle les servitudes auraient été consenties : qu'elle soit légale, judiciaire, ou conventionnelle, n'importe ; et, nonobstant le droit de pouvoir en faire prononcer l'annulation, le créancier porteur d'une hypothèque de cette dernière qualité pourrait invoquer l'art. 1188 (3), et prétendre que le débiteur est déchu du bénéfice du terme, pour avoir, par son fait, diminué les sûretés qu'il lui avait données par le contrat ; car, en l'exposant ainsi à un procès dont l'issue est toujours plus ou moins incertaine, et accompagné de difficultés plus ou moins graves, c'est réellement avoir diminué ses sûretés.

547. Au surplus, dans aucun cas l'acquéreur d'une servitude ne peut, comme l'acquéreur de l'immeuble lui-même, l'affranchir des hypothèques par l'offre d'un prix aux créanciers hypothécaires. La purge des hypothèques n'a point été instituée en faveur des cessions de servitudes, mais en faveur des transmissions de propriété : elle est même incompatible avec la nature du droit de servitude ; car ce droit réside sur un immeuble déterminé, et la translation qui en serait faite sur un autre fonds ne pourrait être que l'extinction de la première servitude et la constitution d'une nouvelle : or, c'est ce que les principes n'admettent pas. Aucun des créanciers hypothécaires auxquels le prix serait offert, même celui qui aurait un fonds joignant l'héritage assujetti, et auquel une semblable servitude pourrait convenir, n'aurait le moyen de surenchérir pour acquérir celle dont il s'agit ; par conséquent, privé de cette faculté, l'offre d'un prix quelconque ne peut lui être valablement faite. Un tiers ne pourrait pas davantage l'acquérir, et telle est la raison pour laquelle les servitudes, quoiqu'elles soient des droits réels immobiliers comme l'usufruit des immeubles, ne peuvent cependant être hypothéquées par elles-mêmes, abstraction faite du

(1) Code de Hollande, art. 1377.
(2) Ibid., art. 1538.
(3) Code de Hollande, art. 1307.

fonds au profit duquel elles existent, tandis que l'usufruit des mêmes biens peut l'être sans difficulté (art. 2118) ; car une telle hypothèque ne présenterait aucune sûreté à celui qui la recevrait.

§ II.

Par qui peuvent être acquises les servitudes dérivant du fait de l'homme.

548. Comme, en principe, on ne peut stipuler pour autrui (art. 1119) (1), il faut, en général, pour pouvoir attribuer valablement une servitude à un fonds, être propriétaire de ce fonds, ou avoir reçu mandat du propriétaire.

549. Ainsi, le fermier, le locataire, n'ont pas qualité à cet effet, quand même ils se seraient portés fort de faire agréer la convention au propriétaire. On peut bien, en se portant fort pour un tiers, promettre valablement que ce tiers donnera ou fera quelque chose, parce qu'alors on est moins censé promettre le fait de celui-ci que son propre fait ; mais, hormis les cas où la stipulation que l'on fait pour un tiers est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même, ou d'une donation que l'on fait à un autre (art. 1121) (2), on ne stipule pas valablement pour autrui, même en se portant fort que le tiers ratifiera ; car s'il en était autrement, le principe ne signifierait rien, puisqu'il faut bien supposer, pour qu'il y ait lieu à la question, que le tiers veut profiter de la stipulation, et par conséquent qu'il ratifie : or, la loi dit qu'on ne peut, en général, s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même (3), et elle ne fait exception, quant à la promesse, que pour le cas où celui qui la consent se porte fort que le tiers ratifiera, et quant à la stipulation, que pour les deux cas ci-dessus rappelés. En un mot, le défaut d'intérêt, et par suite le défaut de lien, n'existe pas moins, quoique celui qui a fait la stipulation pour le tiers ait promis la ratification de ce dernier : cette promesse, nécessairement sous-entendue dans la convention, n'ajoute rien à sa force intrinsèque, et ne supplée en rien le défaut de lien. La stipulation du fermier, du locataire, aurait sans doute son effet comme toute convention qui n'est pas contraire aux lois et aux bonnes mœurs, mais elle ne produirait le droit réel, ni sur le fonds de celui qui aurait fait la promesse, ni en faveur du fonds affermé ou loué : il n'y aurait qu'un simple droit d'obligation, dont l'effet ne serait relatif qu'aux contractants, et cesserait à l'expiration du bail : au delà, le fermier ou le locataire est sans intérêt, et c'est ce qui répond parfaitement au raisonnement de quelques auteurs, qui ont cru voir dans l'art. 1121 précité la confirmation de la convention comme servitude, parce que, selon eux, elle était la condition de la stipulation que le fermier ou le locataire faisait pour lui-même. Cet article est inapplicable à la question, parce que le principal, la constitution de servitude, ne pouvait être stipulé par lui à cause du défaut de qualité, et qu'il serait contraire aux principes que ce fût une convention, dont l'effet n'est que très-secondaire comparativement, qui validât ce qui ne pouvait avoir lieu pour cette cause.

550. Il en serait de même de la stipulation de servitude faite par l'usufruitier. Cependant, suivant le droit romain, dont la disposition à cet égard devrait être suivie chez nous, l'emphytéote peut valablement stipuler des servitudes au profit du fonds, non pas, il est vrai, d'après les principes du droit civil, mais d'après ceux du droit prétorien (4), qui maintenait les servitudes pendant la durée de l'emphytéose.

551. Mais, comme nous l'avons dit plus haut (5), il ne serait pas nécessaire, dans les principes du Code, d'être propriétaire en totalité d'un immeuble pour stipuler valablement une servitude au profit de cet immeuble. Celui qui n'en aurait qu'une portion par indivis devrait être considéré comme ayant reçu pouvoir de ses copropriétaires d'améliorer la chose commune, d'après les principes généraux de la société ; sa stipulation, en ce qui concernerait l'intérêt des associés, devrait d'ailleurs être regardée comme la condition de

(1) Code de Hollande, art. 1351.

(2) Ibid., art. 1353.

(3) Ce principe est consacré par une foule de lois romaines, notamment par la L. 11, ff. *de Obligat. et actionib.*

(4) L. 1, ff. *de Superf. Voyez* au tome précédent, nº 835, et *supra*, nº 542.

(5) Voyez *supra*, nº 467.

celle qu'il a faite pour lui-même, ce qui rendrait applicable l'art. 1121. Tel est aussi le sentiment de Voet (1), qui enseigne que le droit moderne, moins rigoureux que le droit romain sur l'effet de la stipulation au profit des tiers, s'éloigne en ce point des principes de cette dernière législation.

552. Au reste, je puis très-bien stipuler une servitude pour un fonds que je n'ai pas encore, mais que je me propose d'acquérir (2); car la stipulation est censée faite sous cette condition : *si j'acquiers le fonds*. Ce cas est semblable à celui où je stipule une servitude pour une maison que je me propose de construire sur mon terrain, *insulæ futuræ* (3).

553. Bien mieux, le simple possesseur d'un fonds, même de mauvaise foi, peut lui faire acquérir une servitude par l'usage qu'il en fait. Ce n'est pas là stipuler pour autrui sans mandat; c'est plutôt le fonds qui acquiert la servitude, que la personne elle-même. Tel serait le cas où, au moment de la possession, la servitude s'exerçait déjà depuis un certain temps; tel serait aussi le cas où le possesseur aurait commencé à l'exercer lui-même, et que la prescription, qui n'a pu courir relativement à l'acquisition du fonds possédé, à cause, par exemple, de la minorité du propriétaire (4), a pu cependant courir contre le maître de l'héritage sur lequel la servitude a été exercée : on est généralement d'accord sur ce point.

554. La servitude concédée à un propriétaire dont le droit vient à se résoudre avant qu'elle soit acquise au fonds par l'usage, doit, selon nous, et d'après les principes précédemment exposés, cesser avec le droit de celui à qui elle a été concédée. Par exemple, la servitude acquise par un donataire, dont la donation est ensuite révoquée pour survenance d'enfants, cesse par l'effet de la révocation. Le donateur, qui ne serait point obligé de souffrir celle que ce donataire aurait imposée sur le fonds (art. 963), parce qu'il le reprend dans l'état où il était lors de la donation, ne doit point, par la même raison, invoquer la cession faite au donataire, bien que les servitudes soient attachées au fonds. Reprenant son immeuble *ex jure antiquo*, ce qui s'est fait pendant que cet immeuble était dans la main du donataire est, à son égard, *res inter alios acta, quæ aliis nec nocet nec prodest.*

555. Nous en disons autant de la servitude acquise par l'acheteur avec pacte de réméré, si le vendeur usait de la faculté de rachat. La servitude, par exemple, qui aurait été léguée à cet acquéreur ne devrait point profiter au vendeur, auquel le testateur n'a nullement songé. Il en aurait été sans doute autrement en droit romain, mais par l'effet d'un principe qui n'a pas été admis dans notre législation. Chez nous le pacte de réméré a des effets réels, et peut, en conséquence, être exercé contre tout détenteur quelconque (art. 1664); au lieu que, suivant le droit romain, il obligeait seulement l'acquéreur à revendre la chose au vendeur, ce qui était une simple action personnelle; la propriété pleine et absolue n'en passait pas moins à l'acheteur par la tradition de la chose, à moins que le vendeur ne lui eût livré qu'une possession précaire : en sorte que, hormis ce cas, le pacte ne s'exerçait point contre les tiers. D'après cela, il n'est pas étonnant que si l'acquéreur eût accepté des cessions de servitudes pendant que le fonds était encore dans sa main, ces servitudes ne suivissent l'héritage dans celle du vendeur : ce n'était là que l'application des principes ordinaires. Mais, dans notre droit, l'acquéreur à réméré n'est pas propriétaire incommutable tant que le délai pour le rachat n'est pas expiré : il n'a jusque-là qu'une propriété résoluble, et l'effet de cette résolution est de le faire considérer comme n'ayant jamais été propriétaire de l'immeuble : d'où il suit que tout ce qu'il a fait relativement à cet immeuble est censé avoir été fait par un tiers, sans intérêt, ou dont l'intérêt du moins était résoluble; ce qui rend également inapplicable l'art. 1121, lors même que celui qui reprend l'immeuble, soit dans le cas de donation, soit dans celui de vente

(1) Tit. *Communia præd. tam urb. quam rust.*, nos 9 et 10.
(2) L. 23, § 10, ff. *Famil. ercisc.*; L. 10, ff. *de Servit. præd. rust.* Voet, tit. *de Servit.*, no 2.
(3) Voyez *supra*, no 443.
(4) Ce qu'il faut supposer pour que la question puisse s'élever dans ce cas, car autrement le possesseur serait propriétaire, et non pas seulement possesseur.

à réméré, aurait déclaré, avant toute protestation de la part du propriétaire du fonds assujetti, vouloir profiter de la stipulation faite par le donataire ou l'acquéreur. En un mot, dans tous ces cas, la cession de la servitude est censée avoir été faite sous la même condition résolutoire, expresse ou tacite, que celle dont était affectée la transmission de la propriété du fonds. On ne peut même raisonnablement supposer que le donataire, l'acquéreur à réméré, ou tout autre dont le droit était révocable, résoluble, ou rescindable, ait pu vouloir autre chose en acceptant cette cession, puisqu'il était sans intérêt à ce qu'elle produisît encore des effets après la résolution quelconque de son droit. Nous croyons fermement que tels sont les vrais principes de la matière, quoique nous n'ignorions pas que quelques personnes aient écrit le contraire.

556. Bien qu'il faille être propriétaire du fonds pour lequel on stipule une servitude, afin de la stipuler valablement, rien n'empêche néanmoins qu'un père ne puisse en acquérir une en faveur de l'héritage de son enfant mineur, lors même qu'il ne serait point tuteur de ce dernier, soit parce que la tutelle ne serait pas encore ouverte, la mère vivant encore, soit pour d'autres causes.

Il en est de même du mari à l'égard de celle qu'il stipulerait pour les biens de sa femme. Il y a pouvoir suffisant à cet effet dans le père ou dans le mari, pouvoir que leur seule qualité fait présumer, et qui existe presque toujours réellement, parce que l'un et l'autre sont chargés par la loi de faire ce qui peut améliorer les biens de la personne placée sous leur protection. Le concédant ne serait donc pas fondé à prétendre ensuite, contre le mineur ou la femme, que la convention n'a été faite que par un tiers sans mandat, et qu'elle pèche en conséquence par défaut de lien.

557. Et dans tous les cas où ce serait un incapable lui-même qui aurait accepté la concession d'une servitude, comme un interdit, une femme mariée non autorisée, le concédant ne pourrait se prévaloir de l'incapacité de celui avec lequel il a traité pour faire annuler cette concession : l'art. 1125 s'y opposerait formellement. L'annulation de l'acte ne pourrait être invoquée que par l'incapable ou son héritier.

SECTION V.

DE QUELLES MANIÈRES PEUVENT ÊTRE ÉTABLIES LES SERVITUDES DÉRIVANT DU FAIT DE L'HOMME.

SOMMAIRE.

558. *Manières générales dont s'établissent les servitudes dérivant du fait de l'homme.*

§ Ier.

De l'établissement des servitudes par titre, ou volonté expresse.

559. *Les servitudes peuvent être établies à titre gratuit ou à titre onéreux : exemple d'une servitude établie par testament.*

560. *Exemple d'une servitude concédée par donation entre-vifs : en quelle forme l'acte doit avoir lieu.*

561. *La transcription de l'acte emportant donation de la servitude n'est pas nécessaire.*

562. *Divers actes à titre onéreux par lesquels on peut établir des servitudes.*

563. *Quand la concession a lieu par acte sous signature privée, l'acte doit être fait en double original.*

564. *En principe, si l'acte n'a pas acquis date certaine antérieurement à l'époque où un tiers aurait reçu un droit sur l'immeuble, il ne peut être opposé au tiers.*

565. *Comment on peut remplacer le titre constitutif d'une servitude.*

§ II.

De l'établissement des servitudes par tacite volonté ou destination du père de famille.

566. *Ce qu'on entend par* destination du père de famille.

567. *Suite.*

568. *Pour qu'il y ait servitude par suite de la destination du père de famille, il faut que l'un des fonds, ou partie du fonds, s'il n'y en a qu'un, sorte de la main du propriétaire.*

569. *Dispositions des articles 692, 693, 694, relatives à la destination du père de famille, ou à l'établissement de la servitude par tacite volonté du propriétaire des deux fonds.*

570. *Différence des conditions exigées par les deux premiers de ces articles, et de celles que veut simplement le dernier.*

571. *Diverses opinions sur la manière de les concilier quant au résultat définitif touchant l'existence de la servitude.*

§ III.

De l'établissement des servitudes par la prescription.

607. *Suite.*
608. *Si le changement de mode a eu lieu d'un commun accord, ces distinctions n'ont plus d'application.*
609. *L'ancien mode peut se trouver éteint par l'effet de la prescription, sans que le nouveau ait pu s'acquérir de cette manière, à cause de la minorité ou de l'interdiction du propriétaire du fonds assujetti.*

558. Les servitudes dérivant du fait de l'homme peuvent être établies,

Par titre, ou volonté expresse;

Par tacite volonté, ou destination du père de famille, dans certains cas;

Par prescription, mais sous certaines distinctions.

C'est ce que nous allons successivement développer.

§ Ier.

De l'établissement des servitudes par titre, ou volonté expresse.

559. Comme l'usufruit, les servitudes peuvent être établies à titre gratuit ou à titre onéreux.

A titre gratuit : par testament ou par donation entre-vifs.

Ainsi, je lègue à Paul un droit de prise d'eau à la source qui est dans mon fonds; ou bien je lui lègue le fonds, mais sous la réserve que mon héritier y aura une prise d'eau, ou un passage, etc.

560. Ainsi encore, je donne à Paul, qui l'accepte, le droit d'avoir des jours d'aspect sur mon terrain à moins de six pieds de distance de la ligne séparative de nos fonds. Comme il n'y a aucun prix quelconque, que ce n'est point là un arrangement entre voisins, ni un don manuel, ni une remise de dette, mais bien une donation régulière, destinée à produire un droit et une action pour en assurer l'exécution, l'acte, pour être obligatoire et capable de produire cette action contre moi ou mes héritiers, devrait être fait dans la forme des actes emportant donation entre-vifs, avec acceptation expresse; autrement la concession pourrait être attaquée comme n'ayant d'autre cause que la volonté de conférer une libéralité, pour la validité de laquelle les formalités prescrites par la loi n'ont pas été observées. Cela ne surprendra pas, si l'on songe que les donations d'effets mobiliers, même faites et acceptées par actes authentiques, sont nulles, s'il n'a pas été joint à l'acte un état estimatif des objets, signé du donateur et du donataire, ou de celui qui a accepté pour lui. (Art. 948.)

561. Mais comme les servitudes ne sont point par elles-mêmes susceptibles d'hypothèque (article 2118), et que l'art. 939 ne prescrit la transcription des actes de donation qu'autant que les biens peuvent être hypothéqués, il n'y aurait aucune nécessité de faire transcrire l'acte emportant donation d'une servitude.

562. *A titre onéreux :* par titre onéreux nous entendons le titre intéressé de part et d'autre, le titre commutatif.

Ainsi les servitudes s'établissent par actes de vente; comme lorsque je vous vends, moyennant tant, un droit de prise d'eau sur mon fonds, ou qu'en vous vendant le fonds je m'y réserve une prise d'eau, ou vous accorde le droit d'en exercer une sur un autre fonds qui m'appartient également.

Elles s'établissent aussi par échange, par arrangement entre voisins, qui se cèdent réciproquement une servitude sur leurs fonds; par cessions, transactions, et plus fréquemment encore par actes de partage.

563. Mais si la constitution a lieu par acte sous seing privé, il doit être fait en double original et chaque original doit contenir la mention du nombre d'originaux qui en sont faits. Cependant, le défaut de mention que les originaux ont été faits doubles ne pourrait être opposé par celui qui aurait exécuté de sa part la convention portée dans l'acte. (Art. 1325) (1).

564. Si l'acte constitutif n'avait point encore acquis une date certaine de l'une des manières exprimées à l'article 1328 (2), au moment où un tiers viendrait à acquérir des droits sur le fonds assujetti, par vente, échange, cession ou

(1) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(2) Code de Hollande, art. 1917.

abandon, sans que cet acte de transmission contînt aucune clause relative à la servitude, le tiers ne serait point forcé d'en reconnaître l'existence, puisqu'elle a pu être concédée seulement depuis l'aliénation du fonds à son profit, ou l'acquisition de tout autre droit, et que les actes qui n'ont pas de date certaine ne peuvent être opposés aux tiers. Cette décision ne serait toutefois pas applicable au cas où la servitude s'exercerait déjà publiquement au moment de l'acquisition du fonds ; la possession publique en laquelle serait celui à qui elle a été cédée attesterait que son titre n'est point frauduleux, et elle devrait le protéger, du moins généralement.

565. L'article 695 (1) porte : « Le titre « constitutif de la servitude, à l'égard de celles « qui ne peuvent s'acquérir par la prescription, « ne peut être remplacé que par un titre récognitif « de la servitude, et émané du propriétaire du « fonds asservi. »

Ces mots, *à l'égard de celles qui ne peuvent s'acquérir par la prescription,* ne veulent pas dire, *e contrario,* que le titre constitutif des servitudes qui peuvent s'acquérir par prescription peut être remplacé par un autre titre qu'un titre récognitif, ou émané d'un autre que le propriétaire de l'héritage assujetti ; car tout titre qui a pour objet d'en remplacer un autre, ne peut être qu'un titre récognitif, et ce titre doit nécessairement émaner de la partie intéressée. Ces mots ne sont donc employés, dans l'article, que *simpliciter,* seulement pour faire entendre que la prescription, à l'égard des servitudes qui peuvent s'acquérir de cette manière, remplace le titre constitutif, en tient lieu, dispense d'en produire un, tandis que lorsqu'il s'agit de servitudes qui ne peuvent s'acquérir que par titre, il faut, à toute époque, produire celui de la constitution, ou bien un titre récognitif, émané du propriétaire du fonds asservi, ou de son prédécesseur.

§ II.

De l'établissement des servitudes par tacite volonté, ou destination du père de famille.

566. On entend par *destination du père de famille,* les dispositions que le propriétaire d'un ou plusieurs fonds a faites, au moyen de certains travaux, pour l'usage plus avantageux de ces mêmes fonds, ou de l'un d'eux, ou des diverses parties de celui qu'il possède, s'il n'en a qu'un seul. Par exemple, si, dans le cas d'un pré, le propriétaire a établi des canaux d'irrigation aboutissant à celui qui conduit les eaux chez lui ; ou si le propriétaire d'un bâtiment y a pratiqué des jours d'aspect donnant sur un terrain qui lui appartient également ; etc., etc.

567. Il faut, en effet, que ces dispositions, cet arrangement du père de famille, ne soient pas momentanés ; qu'ils ne soient pas seulement le résultat de quelques circonstances passagères, mais bien, au contraire, pour durer toujours. En un mot, ce doit être une *destination,* pour pouvoir produire les effets que la loi y a attachés.

568. On sent, au surplus, que tant que le même individu restera seul propriétaire du fonds ou des fonds, il n'y aura pas servitude, puisque *res sua nemini servit* (art. 637) ; mais si, dans les cas donnés ci-dessus comme exemples, il aliène une partie du pré, ou bien la maison ou le terrain, alors la servitude commence, et elle est le résultat de l'arrangement qu'il avait fait pour l'exploitation de sa propriété, de sa volonté tacite que les choses continueraient de subsister dans le même état.

569. Voici les dispositions du Code à cet égard ; elles ne sont pas sans quelque difficulté pour les concilier entre elles :

« La destination du père de famille vaut titre « à l'égard des servitudes continues et apparentes. » (Art. 692) (2).

« Il n'y a destination du père de famille que « lorsqu'il est prouvé que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire, et que c'est par lui que les choses « ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude. (Art. 693) (3).

Enfin, l'article 694 (4) porte : « Si le propriétaire de deux héritages entre lesquels il existe « un signe apparent de servitude dispose de l'un

(1) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(2) Code de Hollande, art. 747.

(3) Ibid.

(4) La L. 36, ff. *de Servit. præd. rust.*, renferme une disposition à peu près semblable. [Code de Hollande, art. 748.]

« des héritages, sans que le contrat contienne « aucune convention relative à la servitude, elle « continue (1) d'exister activement et passive- « ment en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds « aliéné. »

570. Ainsi, suivant les deux premiers articles, pour qu'il y ait destination du père de famille, il faut :

1° Qu'il s'agisse d'une servitude tout à la fois continue et apparente ;

2° Et que les choses aient été mises dans l'état où elles se trouvent par le même propriétaire, et que cela soit prouvé.

Tandis que, d'après le dernier de ces articles, la servitude, en l'absence de toute clause contraire dans l'acte de transmission de l'un des fonds, aura lieu, s'il s'agit d'une servitude seulement apparente, dont le signe existait déjà lors du contrat, quand bien même les choses n'auraient pas été mises en cet état par le même propriétaire.

Deux conditions sont donc exigées par les articles 692 et 693, qui ne le sont point par l'article 694 : tellement qu'une servitude de passage, qui est discontinue (art. 688), ne résulterait point de la destination du père de famille, telle que la définissent les articles précités, quand bien même elle serait apparente, parce qu'elle s'annoncerait, par exemple, par une porte et un chemin conduisant de l'un des fonds dans l'autre, et tellement aussi que, lors même qu'il s'agirait d'une servitude continue et apparente tout à la fois, comme des fenêtres ouvrantes, elle ne résulterait pas non plus de la destination du père de famille, si ce n'était point le même propriétaire qui eût mis les choses en cet état, s'il les y avait trouvées lorsque les deux fonds se sont réunis dans sa main, encore qu'il les eût maintenues depuis telles qu'elles étaient alors : par exemple, propriétaire d'un terrain sur lequel donnent les fenêtres d'un bâtiment, il s'est rendu acquéreur de ce bâtiment à une époque où les fenêtres existaient déjà, et ensuite il a aliéné l'un ou l'autre fonds. Tandis que, d'après l'article 694, la servitude aurait lieu dans l'une et l'autre hypothèse, s'il n'y avait rien de contraire dans l'acte de disposition de l'un des fonds.

Cependant, il est bien évident que, pour qu'il y ait lieu à savoir s'il existe une servitude par suite de la destination du père de famille, il faut nécessairement supposer qu'il y a eu disposition de l'un des héritages, ou de partie de l'héritage, s'il n'y en avait qu'un seul, ou qu'il est intervenu un partage : mais alors on se trouve précisément dans les termes de l'article 694, qui statue sur le cas de cette disposition, de quelque manière qu'elle ait eu lieu ; car il porte : « Si le propriétaire de deux héritages entre lesquels il existe « un signe apparent de servitude, *dispose* de l'un « des héritages, etc. ; » et par conséquent on ne sait si c'est ce dernier article qui doit être appliqué, ou bien si ce sont les deux précédents.

De là sont nés plusieurs systèmes sur la manière de les interpréter et de les concilier entre eux.

571. Quelques personnes ont pensé que l'article 694 n'est qu'un développement, ou, pour mieux dire, une application des deux premiers ; en conséquence, qu'il doit s'entendre du cas seulement où la servitude est tout à la fois continue et apparente : tellement que si le propriétaire de deux maisons avait établi un passage pour communiquer de l'une à l'autre, et qu'il disposât de l'une d'elles, sans que l'acte contînt aucune clause relative à ce passage, il ne continuerait pas d'exister, ni en vertu des art. 692 et 693, ni en vertu de l'art. 694, quoiqu'il s'annonçât par un signe de servitude apparente, comme une porte de cour. Elles conviennent, au reste, quand la servitude est tout à la fois continue et apparente, qu'il n'est pas nécessaire que les choses aient été mises par le même propriétaire dans l'état où elles se trouvent actuellement ; qu'il suffit qu'il les ait maintenues dans cet état depuis que les deux fonds ont été réunis dans sa main.

D'autres ont pensé qu'il y avait une distinction à faire entre les diverses espèces d'actes qui ont fait cesser la réunion, dans la même main, des divers héritages. Selon eux, quand l'acte invo-

(1) Cette expression n'est pas exacte, car pour que la servitude pût *continuer* d'exister, il faudrait qu'elle existât déjà lors de la disposition de l'un des fonds : or, d'après l'art. 637, et la règle *res sua nemini servit*, elle n'existait pas encore.

qué à ce sujet est un acte de partage entre héritiers ou autres copropriétaires, il faut, en l'absence de toute convention relative à la servitude, 1° que celle qui est prétendue soit tout à la fois continue et apparente ; 2° qu'il soit prouvé que les divers fonds ont appartenu au même ; 3° qu'il soit prouvé aussi que c'est par lui que les choses ont été mises en l'état où elles se trouvent : en un mot, on applique les art. 692 et 693 suivant leur teneur.

Mais si l'acte qui fait cesser la réunion est un acte de *disposition* de l'un des héritages, par vente, cession, échange, donation, ou autre titre, on n'exige rien autre chose, si ce n'est, 1° que la servitude soit apparente ; 2° qu'il n'y ait pas dans le contrat de clause qui soit contraire à son maintien; par conséquent, il n'y aurait pas nécessité de prouver que les choses ont été mises dans l'état où elles se trouvent par celui qui a possédé les deux fonds.

D'autres enfin disent que, dans le cas de l'article 694, un acte de disposition est produit, ce qui n'a pas lieu dans le cas des art. 692 et 693; et ils en concluent que la loi a bien pu exiger, dans ce dernier cas, que la servitude fût continue et apparente, et se contenter, dans le premier, qu'elle fût simplement apparente. Mais puisqu'on suppose que dans celui de la destination du père de famille il y a eu *disposition* aussi de l'un des héritages, probablement cette disposition sera prouvée par des actes, du moins généralement : d'ailleurs, dès qu'elle est prouvée, pourquoi les raisons sur lesquelles est fondé l'art. 694 ne s'y appliqueraient-elles pas?...

572. Pour nous, nous croyons que la véritable destination du père de famille valant titre exige bien, il est vrai, le concours des circonstances et conditions exprimées aux art. 692 et 693, puisque la loi est formelle à cet égard ; mais que l'art. 694 consacre aussi une autre manière d'établir les servitudes, par l'effet de la tacite volonté du propriétaire ou des copropriétaires : c'est la *disposition* quelconque de l'un de ces héritages, ou leur partage ; et la preuve de cette intention résulte de l'existence d'un signe de servitude apparente, avec la circonstance que le disposant ou les copartageants n'ont rien dit, dans l'acte, de contraire au maintien des choses, ce qui indique suffisamment qu'ils ont entendu qu'elles continueraient de subsister, soit en faveur du fonds aliéné ou du fonds conservé, soit au profit des parts de tels copartageants sur celles des autres. Nous n'exigeons pas pour cela que les choses aient été mises dans l'état où elles se trouvent par le même propriétaire ; leur existence au jour du contrat suffit. Les ayant conservées en cet état, celui qui aliène actuellement l'un des fonds s'approprie, en l'approuvant, ce qu'ont fait ses prédécesseurs.

Mais c'est parce que la servitude résulte seulement de la volonté présumée des contractants, que nous conviendrons sans peine que l'art. 694 n'est pas applicable indistinctement à tous les cas où il existerait entre deux héritages un signe de servitude simplement apparente. Ainsi, dans le cas dont il a été parlé plus haut, où le propriétaire de deux maisons, qui avait établi un passage pour communiquer de l'une à l'autre, a disposé de l'une de ces maisons sans que l'acte contînt aucune convention relative au passage, il nous paraît raisonnable de dire que ce passage ne doit plus subsister ; car il avait été établi plutôt pour la commodité du propriétaire, tant qu'il posséderait l'une et l'autre maison, que pour l'utilité des maisons elles-mêmes, puisqu'il n'était point nécessaire à leur exploitation. L'aliénation de l'une d'elles devant faire cesser cette communication, a dû, par cela même, faire cesser le passage par lequel elle s'opérait : chacun des contractants a vraisemblablement entendu, lors du contrat, qu'il en serait ainsi, et par conséquent la présomption sur laquelle est fondé l'article 694 n'existant pas, il n'y a point de raison d'en appliquer la disposition. Mais si, au lieu d'un passage servant uniquement de moyen de communication d'une maison à l'autre, qui ont d'ailleurs toutes deux les sorties nécessaires à leur usage, on suppose un passage nécessaire à l'exploitation de l'un des deux fonds, alors, quoiqu'il s'agisse d'un signe de servitude seulement apparente, on devra décider que le maintien de ce passage a été dans l'intention des contractants, par cela seul qu'ils n'ont rien dit dans l'acte pour le supprimer : on appliquera l'article précité, soit que les choses aient été mises en cet état par le propriétaire actuel, ou l'un de ses

prédécesseurs, également propriétaire des deux fonds, soit qu'elles aient commencé lorsque les deux héritages appartenaient à différents maîtres. Ainsi, propriétaire d'un terrain partie en vigne, partie en terre labourable, sur laquelle terre règne un chemin qui conduit de la voie publique à la vigne, pour son exploitation, je vends l'une de ces parties (n'importe laquelle) sans faire mention du chemin dans l'acte : il est clair, dans ce cas, que le chemin doit subsister ; car si c'est la vigne qui a été vendue, on ne peut raisonnablement croire, surtout si elle n'a pas d'autre issue, que l'acquéreur a entendu acheter, non pas avec le droit de passage, mais en vue de pouvoir ensuite s'en faire céder un moyennant indemnité, en vertu de l'art. 682 : une telle supposition serait tout à fait invraisemblable. Le doute, d'ailleurs, s'il y en avait, devrait s'interpréter contre moi vendeur (art. 1602) (1), et, de plus, la vente d'une chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel (art. 1615). Tous les principes, en pareil cas, militeraient donc en faveur de l'acheteur de la vigne. Or quoiqu'ils soient moins nombreux en faveur du vendeur, on doit néanmoins décider que si j'avais vendu la terre et gardé la vigne, je serais également censé m'être réservé le passage dont il s'agit, par la raison que mon intention ne saurait non plus être douteuse, et que l'article 694 veut que la servitude *apparente* existe sur le fonds aliéné, en faveur du fonds réservé, comme sur le fonds réservé, en faveur du fonds aliéné.

Quant à la distinction, rappelée plus haut, entre les actes de partage et ceux de disposition de l'un des héritages, elle ne repose sur rien de solide ; elle est même combattue formellement par les principes de la matière, notamment par la L. 23, § 3, ff. *de Servit. præd. rust.*

D'après cette loi, que nous avons déjà eu occasion de citer (2), lorsque l'on partage un fonds auquel il est dû un droit de passage, sans en faire mention dans l'acte de partage, le passage est dû à chacun des copartageants, qui, pour l'exercer, devront passer tous sur la partie du fonds partagé par où l'on passait avant la division pour arriver au chemin dû par le fonds voisin. Par la même raison, le passage qui n'existe que sur le fonds partagé, et qui est nécessaire à l'exploitation des différentes parties de ce fonds, est-il censé maintenu par le partage, quand il n'y a dans l'acte aucune clause à ce contraire.

573. En résumé, dans le cas prévu aux articles 692 et 693, il y aurait véritable destination du père de famille valant titre constitutif de servitude ; dans celui prévu à l'art. 694, qui sera rare, parce qu'il n'y a que bien peu de servitudes qui soient apparentes sans être en même temps continues, il y aura servitude résultant de l'intention des parties, manifestée par la *disposition* de l'un des héritages ou par un acte de partage, sans que le contrat ou l'acte contienne aucune clause contraire à cette intention. Mais, à vrai dire, les deux modes dérivent de la même cause, la volonté du propriétaire ou des copropriétaires, de laisser les choses dans l'état où elles se trouvent quand la réunion vient à cesser.

574. D'après cette analyse des art. 692, 693 et 694, combinés, la question de savoir comment doit se faire la preuve que les deux fonds ont appartenu au même, et que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état où elles se trouvent actuellement, perd beaucoup de son importance, puisque la servitude existera, pourvu qu'elle soit au moins apparente, s'il est prouvé que les choses étaient déjà en cet état à l'époque où les deux fonds étaient réunis dans la même main, quand bien même il ne serait pas prouvé que c'est par le propriétaire de l'un et de l'autre qu'elles y ont été mises : leur existence à cette époque atteste qu'il les y a maintenues, et cela suffit. Et cette preuve pourra se faire par témoins, même sans commencement de preuve par écrit, comme en matière de possession, parce que ce n'est qu'un *fait* qui, de sa nature, n'était d'ailleurs guère susceptible d'être constaté par écrit (3).

(1) Code de Hollande, art. 1509.

(2) Voyez *supra*, n° 420, note.

(3) M. Pardessus, dont l'avis n'est point partagé par plusieurs auteurs qu'il cite au n° 291, pense que, pour prouver par témoins que les deux fonds ont appartenu au même, il faut au moins un commencement de preuve par écrit. Nous ne le croyons pas ; car ce n'est encore là qu'un fait.

§ III.

De l'établissement des servitudes par la prescription.

575. Suivant l'article 691, les servitudes continues non apparentes, et les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, ne peuvent s'établir que par titres.

La possession même immémoriale ne suffit pas pour les établir, sans cependant qu'on puisse attaquer aujourd'hui les servitudes de cette nature déjà acquises par la possession, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière.

La prescription n'a donc lieu que pour les servitudes qui sont tout à la fois continues et apparentes.

576. Ainsi, la servitude *altius non tollendi*, ou celle de ne pas bâtir du tout sur tel terrain, quoique nécessairement continue, puisqu'elle n'a pas besoin du fait actuel de l'homme pour être exercée, ne peut et n'a jamais pu s'acquérir par prescription, parce qu'elle est négative, qu'elle n'est point apparente (art. 689), et qu'ainsi le réclamant n'a rien pu posséder. Rien n'indiquerait, en effet, que si le voisin n'a pas élevé davantage son bâtiment, ou n'a pas bâti sur son terrain, ce n'est que parce qu'il se l'était interdit; car il a pu ne l'avoir pas fait parce qu'il ne lui convenait pas de le faire : c'était une pure faculté de sa part; par conséquent, son inaction n'a pu fonder, au profit du réclamant, aucune possession valable, aucune prescription (art. 2232). La notification que celui-ci lui aurait faite de ne point bâtir, suivie de son inaction pendant le temps requis pour la prescription, aurait pu jadis, en certains pays, servir de base à l'établissement de la servitude de cette manière, parce qu'elle faisait supposer l'existence d'un titre, et que n'étant point contredite pendant tout le temps requis pour la prescription, cette supposition se transformait en présomption de droit; mais le Code ne dit rien de semblable, et cette notification serait inefficace pour fonder la prescription, attendu que la loi actuelle n'en parle pas, qu'elle n'est point un titre, et que le Code dit indistinctement que les servitudes non apparentes ne peuvent s'acquérir que par titre. Pourquoi voudrait-on, en effet, obliger un propriétaire à se jeter dans les embarras d'un procès, pour éviter les conséquences qui pouvaient jadis résulter de cette notification?

577. Ainsi encore, un droit de passage, lors même qu'il s'annoncerait par un signe extérieur, comme une porte, un chemin, frayé non-seulement sur l'héritage prétendu assujetti, mais encore sur celui (1) en faveur duquel on réclamerait la servitude, et faisant suite, ne saurait non plus s'acquérir aujourd'hui par le moyen de la prescription, parce qu'une telle servitude est essentiellement discontinue (art. 688). A plus forte raison en serait-il de même, si le passage ne s'annonçait par aucun signe extérieur, comme serait le droit de sortir le foin d'un pré par un autre pré, puisqu'alors la servitude serait tout à la fois non apparente et discontinue.

578. Le motif qui a déterminé les rédacteurs du Code à rejeter l'établissement, par le moyen de la prescription, des servitudes dont il vient d'être parlé, c'est parce que la possession, dans ces sortes de servitudes, ne peut avoir le caractère de publicité, et surtout de continuité nécessaire pour constituer une possession parfaite (2). Sans doute la possession acquise ne se perd pas par cela seul que l'on ne fait pas constamment, pour la conserver, des actes de propriétaire; car si elle ne s'acquiert que *corpore aut facto et animo simul* (3), elle se conserve néanmoins *animo tantum* (4); mais du moins faut-il, pour l'acquérir avec effet de pouvoir fonder la prescription, qu'elle ait les caractères propres à attester que l'on a joui du droit comme si on l'avait acquis par titre : or, en matière de servitudes non apparentes, et de servitudes discontinues, apparentes ou non, ces caractères ne se rencontrent pas dans l'exercice du droit, parce que réellement on ne le possède pas quand on ne l'exerce pas (5). On peut supposer d'ailleurs que celui qui a souffert des actes isolés, plus ou moins répétés,

(1) Car si ce n'était que sur le fonds prétendu assujetti, il n'indiquerait pas nécessairement l'existence du passage comme servitude, puisqu'il aurait pu n'avoir été pratiqué que pour l'utilité de ce fonds seulement.

(2) *Voyez* ce que nous avons dit à ce sujet, *supra*, n° 7.

(3) L. 3, § 1, ff. *de Acquirend. vel amitt. possess.*

(4) Même loi, § 7, et L. 6, au même titre.

(5) *Servitutes prædiorum rusticorum, etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt; et ideo usu non capiuntur: vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem; nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari*

ne l'a fait que par pure tolérance, par familiarité et rapports de bon voisinage, plutôt que comme obligé à les souffrir; la solution de cette question, plutôt de fait que de droit, ne reposant que sur des conjectures et de simples probabilités plus ou moins graves, suivant les circonstances du fait, les auteurs du Code ont sagement pensé, afin de prévenir les usurpations, et les nombreux procès qui en étaient anciennement la suite, qu'il valait mieux ne point admettre la prescription comme moyen d'établir les servitudes de cette espèce.

579. Mais religieusement attachés au principe conservateur, *la loi n'a pas d'effet rétroactif* (art. 2), ils ont maintenu celles qui étaient déjà acquises lors de la publication de la loi sur *les Servitudes*, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière (art. 691). D'où il suit que celles à l'égard desquelles le temps (1) requis pour la prescription n'était point encore totalement écoulé, n'ont pu s'acquérir depuis, lors même qu'il n'aurait manqué à la prescription que quelques jours, même un seul; car la jouissance du droit postérieurement à la publication de la loi n'a plus eu les caractères d'une possession valable, et par conséquent le temps qui manquait alors à la prescription manquerait encore aujourd'hui. Peu importe que, d'après l'article 2281, et en conformité de l'art. 2, les prescriptions commencées lors de la publication du titre *de la Prescription*, soient réglées conformément aux lois anciennes, avec cette modification toutefois, que celles pour lesquelles il fallait encore, suivant ces lois, plus de trente ans à compter de la même époque, seront accomplies par ce laps de temps; car la loi nouvelle a bien pu ne pas reconnaître aux faits passés sous son empire les caractères nécessaires pour constituer une possession valable, quoique les lois anciennes, du moins celles de certains pays, attachassent ces caractères aux mêmes faits : elle n'a pas pour cela porté atteinte à des droits acquis, puisqu'il n'y en avait pas encore; elle a seulement empêché qu'il pût s'en acquérir en pareil cas; dès lors sa disposition a plutôt porté sur l'avenir que sur le passé; elle est moins une dérogation au principe, qu'une modification des effets qu'il aurait produits sans elle (2).

580. Celui qui prétend que, lors de la publication de la loi sur *les Servitudes*, il avait déjà acquis par la prescription une de celles que le Code déclare ne pouvoir s'acquérir désormais de cette manière, peut, sans contredit, prouver sa possession par témoins, comme dans tous les autres cas où il ne s'agit que de prouver un fait de possession; mais le temps n'est pas éloigné où ce genre de preuve ne pourra plus, de fait, être administré, à cause de la mort des personnes qui auraient pu déposer de la possession; alors les propriétaires qui ont droit à ces servitudes, et qui sont dépourvus de titre, seront exposés à se les voir contester avec succès, s'ils ne prennent au plus tôt les précautions nécessaires pour s'en assurer la conservation.

Sans doute, lorsqu'il s'agira d'un passage, et que ce passage sera reconnu nécessaire, et avoir été nécessaire depuis plus de trente ans, parce

videatur. Idem in servitutibus prædiorum urbanorum observatur. L. 14, ff. *de Servitut.*

Cette décision était conforme à la loi *Scribonia*, qui avait rejeté l'usucapion comme moyen d'acquérir les servitudes rurales, qui, auparavant, s'acquéraient par le même laps de temps que les immeubles eux-mêmes. Mais on n'a jamais été bien d'accord sur les effets de cette loi.

Au surplus, dans la suite, les servitudes ont pu s'acquérir, non pas par usucapion, mais par prescription, savoir, par l'usage pendant dix ans, au vu et au su du propriétaire ou possesseur de l'héritage sur lequel on les exerçait sans titre; ou par dix ans entre présents, et vingt ans entre absents, quand on avait un titre émané *a non domino prædii servientis.* L. 10, ff. *si Servit. vindicetur*; L. 1, § 23, ff. *de Aqua et aquæ plur. arcend.*; LL. 1 et 2, Cod. *de Servit. et aqua*; et L. ult., Cod. *de Præscr. longi temp.* Vinnius. *ad* INSTIT., § 4, *de Servitut.*, nº 4; Voet, *ad* PANDECTAS, tit. *Comm. præd. tam urban. quam rust.*, nº 3, *in fine.*

(1) Dans quelques pays, ce temps était de dix années, dans d'autres de vingt, et enfin, dans quelques autres, de trente.

Il y avait des pays où la prescription ne faisait jamais acquérir les servitudes, et là on disait : *Nulle servitude sans titre.* La coutume de Paris, notamment (art. 186), avait admis cette règle, à tel point qu'une servitude ne s'acquérait même pas par cent ans d'exercice.

Plusieurs coutumes faisaient, ainsi que le Code, une distinction entre les diverses espèces de servitudes, et n'admettaient la prescription que pour celles qui étaient tout à la fois continues et apparentes.

Comme tout cela est transitoire, nous éviterons de nous jeter dans les immenses développements qu'exigerait l'explication de ce sujet : il nous faudrait faire, pour ainsi dire, autant de chapitres sur ce point qu'il y avait de coutumes, d'usages locaux, de règlements particuliers, et nous ne sortirions jamais de ce dédale : notre travail présenterait nécessairement des lacunes.

(2) C'est ainsi que nous avons envisagé la chose au tome I, nº 71, en appliquant à la prescription ce principe, que la loi n'a pas d'effet rétroactif.

qu'autrement le fonds se serait trouvé enclavé et sans issue sur la voie publique, le droit, par cela même, sera hors de toute atteinte, d'après ce que nous avons dit précédemment (1). Aucune indemnité ne pourra même être exigée de celui qui l'exercera (art. 685). Mais, hormis ce cas, si le propriétaire du fonds qui doit le passage s'oppose à son exercice, s'il intente à ce sujet l'action en complainte (2): comme la possession annale, quoique paisible, publique et à titre non précaire, ne suffit point pour faire *maintenir* celui qui réclame une servitude de cette nature, suivant ce que nous démontrerons en parlant des actions auxquelles peuvent donner lieu les servitudes, section VII, ce dernier devra succomber, s'il ne prouve ensuite au pétitoire que le droit lui était déjà acquis lors de la publication de la loi sur *les Servitudes ;* mais peut-être cette preuve, qui pouvait se faire hier, ne pourra plus se faire demain.

581. Pour obvier à cet inconvénient, le propriétaire qui a droit à la servitude doit d'abord en demander à l'amiable une reconnaissance volontaire, à ses frais, au maître de l'héritage assujetti. Si celui-ci s'y refuse, le premier est bien fondé à le sommer de lui délivrer cette reconnaissance, et s'il se refuse encore à la donner, à l'assigner en reconnaissance du droit (3); comme un créancier hypothécaire assigne le tiers détenteur de l'immeuble en déclaration d'hypothèque. Et alors, si le défendeur conteste et succombe, il doit supporter les dépens, suivant la règle générale (art. 130, Code de procédure), tout comme si c'était sur une opposition de sa part à l'exercice de la servitude qu'il eût été assigné et qu'il eût succombé. Mais s'il déclare, sur les premières poursuites, qu'il reconnaît le droit, les frais de l'instance ne doivent être à sa charge qu'autant qu'il a d'abord été sommé de le reconnaître, et, en outre, qu'autant que, d'après les circonstances de la cause, il n'avait aucune juste raison de douter de son existence, ce qui serait laissé à la sagesse du tribunal. Bien mieux, dans le cas où il aurait déclaré s'en rapporter à la preuve qui serait faite par le demandeur, et que cette preuve aurait eu lieu, les frais pourraient encore être laissés à la charge de ce dernier, si le tribunal reconnaissait qu'il y a eu bonne foi de la part du défendeur, qui ne voulait pas *contester* un droit acquis, mais s'assurer de son existence avant de le reconnaître; à la différence du cas où, s'opposant à l'exercice de la servitude, il succomberait ensuite dans sa prétention ; car il y aurait alors lieu d'appliquer le principe général, que celui qui succombe dans une contestation doit supporter les dépens du procès. Au surplus, le coût de la sommation doit, dans tous les cas où il n'y a pas eu d'opposition à l'exercice de la servitude, rester à la charge de celui qui l'a fait faire, puisqu'elle n'était que dans son seul intérêt, pour acquérir un titre qui lui manquait.

582. La prescription ne pourrait, au reste, être invoquée avec succès, si celui qui l'invoquerait comme moyen d'acquisition de la servitude n'avait fait qu'user d'un droit attribué à la propriété par un statut local (4), comme dans le cas dont nous avons parlé plus haut, n° 595, où un statut autorisait le propriétaire d'un arbre, dans certains lieux, à en laisser les branches s'étendre sur le fonds du voisin.

583. Pour pouvoir fonder la prescription et faire acquérir les servitudes qui peuvent s'établir de cette manière, la possession doit réunir les conditions suivantes,

Il faut qu'elle soit paisible,

Publique,

Non équivoque,

A titre non précaire (art. 2229) (5), et non le résultat d'actes de pure faculté ou de simple tolérance de la part de celui contre qui la prescription est invoquée. (Art. 2232.)

Elle doit avoir eu la durée déterminée par la loi, et n'avoir pas été interrompue. (Art. 2219, 2242.)

Il faut, en outre, pour que la prescription ait

(1) Nos 429 et suiv.

(2) C'est-à-dire en trouble de jouissance.

(3) En observant le préliminaire de conciliation, s'il y a lieu de l'employer, parce qu'on ne serait pas dans un des cas d'exception. (Art. 48 et 49, Cod. de procéd.)

(4) Arrêt de cassation du 31 décembre 1810. (Sirey, 1811, I, p. 81.)

(5) Code de Hollande, art. 1992.

lieu, qu'elle ait pu courir contre la personne à qui on l'oppose, et que le fonds sur lequel on réclame la servitude eût pu lui-même s'acquérir par ce mode.

Toutes ces propositions vont être successivement développées.

584. Il faut que la possession soit *paisible ;* car la violence ne peut fonder qu'une possession réprouvée par les lois comme par les bonnes mœurs : la possession utile ne commencerait que lorsque la violence aurait cessé ; mais elle commencerait dès cette époque, nonobstant le vice de son principe : il a été purgé. (Art. 2233 analysé) (1).

585. Il faut qu'elle soit *publique:* par exemple. si vous creusiez un souterrain sous ma maison, qui est voisine de la vôtre, sans que je pusse m'en apercevoir, une telle possession ne fonderait aucune prescription. En disant que la propriété d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui peut s'acquérir par la prescription, l'article 553 suppose que le propriétaire du bâtiment a pu connaître la possession, ce qui est une question de fait et non de droit. Pareillement, si un propriétaire inférieur venait clandestinement, la nuit, par exemple, prendre l'eau dans le fonds supérieur pour la conduire chez lui, comme cela se voit si fréquemment, de tels actes, quelque multipliés qu'ils pussent être, et quel que fût le temps depuis lequel ils auraient été pratiqués, ne fonderaient aucune possession efficace, et par conséquent aucune prescription.

586. Il faut qu'elle ne soit point *équivoque*. Ainsi le fermier d'un fonds voisin d'un champ qui lui appartient a établi une conduite d'eau du fonds affermé à celui qui lui est propre ; comme il a renouvelé plusieurs fois son bail (lui ou son successeur), l'eau a passé pendant plus de trente ans du fonds affermé dans le sien ; le propriétaire aurait pu s'y opposer, sans doute, ou du moins faire des actes de protestation, des actes conservatoires, mais il a négligé d'en faire : en pareil cas, la possession ou jouissance de l'eau n'est pas valable, parce qu'elle est équivoque ; car on ne peut dire avec certitude si le fermier, en envoyant cette eau sur son fonds, en a joui comme ayant un droit de servitude sur l'héritage affermé, ou s'il en a simplement fait, comme fermier, et par conséquent à titre précaire, l'usage qui lui a paru le plus utile. Il aurait donc fallu de sa part une notification au propriétaire, ou si celui-ci s'était opposé à ce mode de jouissance, une contradiction à cette opposition. A partir de l'époque où aurait eu lieu cette notification ou cette contradiction, la prescription aurait pu commencer son cours ; sans cela, la possession aurait toujours eu un caractère équivoque.

587. Il faut enfin qu'elle ne soit pas à titre *précaire*. Dans l'espèce précédente, elle présentait aussi ce caractère. (Art. 2236) (2). Si donc je produisais un écrit quelconque par lequel vous me demandiez de vous laisser faire tel ou tel acte sur mon fonds tant que bon me semblerait, cet acte attesterait que votre possession n'a eu d'autre base qu'un titre précaire et une pure tolérance de ma part.

Au reste, le vice de violence, de clandestinité ou de précaire, ne peut être allégué par l'adversaire de celui qui invoque la prescription, qu'autant que c'est à son égard que ce dernier a eu une possession entachée de ce vice : peu importerait qu'elle eût eu ce caractère à l'égard de tout autre (3).

588. Il convient de déterminer les caractère des actes de pure faculté et de ceux de simple tolérance, puisque, lorsque la possession est fondée sur de tels actes, elle ne peut produire la prescription tant que leur nature n'a pas changé ; et c'est surtout en matière de servitude qu'il importe de bien se fixer sur la qualité et les caractères de ces actes, parce que très-souvent de simples relations de bon voisinage ont été la cause d'une usurpation, ou le prétexte d'une prétention injuste.

Ainsi, de ce que j'ai laissé écouler plus de

(1) Code de Hollande, art. 1993.

(2) Ibid, art. 1996.

(3) Le § 4, INSTIT., *de Interdictis*, s'exprime ainsi : *Si modo, nec vi, nec clam, nec precario nactus fuerat* AB ADVERSARIO *possessionem : etiamsi alium vi expulerat, aut clam arripuerat alienam possessionem, aut precario rogaverat aliquem, ut sibi possidere liceret.*

trente ans depuis la construction de mon bâtiment sans y pratiquer les jours autorisés par l'art. 676, ou, s'il est éloigné de plus de 6 pieds de la ligne séparative, sans y ouvrir des vues d'aspect (art. 678), il ne faut pas conclure que vous avez acquis contre moi la servitude *luminis non aperiendi*, à l'effet de pouvoir m'empêcher maintenant d'avoir ces jours. En laissant les choses en cet état, je n'ai fait qu'user d'une pure faculté. Il y a encore une autre raison : vous réclameriez par là contre moi une servitude *négative*, c'est-à-dire une servitude essentiellement non apparente : or une telle servitude ne peut s'acquérir par prescription.

Ainsi encore, de ce que j'ai négligé jusqu'à présent de me servir des eaux pluviales qui coulent devant mon fonds, et dont, à mon défaut, vous vous êtes servi jusqu'à ce moment, vous ne pouvez prétendre que j'ai perdu tout droit à ces eaux, et que vous avez acquis celui de les prendre par préférence à moi ; car je puis dire que si je ne m'en suis pas servi, c'est parce que je ne les jugeais point utiles à mon héritage : en cela je n'ai fait qu'un acte de pure faculté (1). Par la même raison, si je construis un puits après plus de trente ans depuis que celui de mon voisin existe, et que par là je coupe la veine d'eau qui alimentait ce dernier, mon voisin ne pourra prétendre qu'il a acquis par prescription le droit d'avoir l'eau comme auparavant, et que j'ai perdu celui de faire chez moi aucun acte capable de nuire à l'exercice du sien (2). On multiplierait facilement les exemples, mais ceux-là suffisent.

En un mot, les actes de pure faculté s'entendent d'un droit qui a pour cause unique l'utilité ou la volonté de la personne qui agit ou qui n'agit pas, et qui supposent qu'un autre n'est point obligé envers elle, ou ne possède rien de ce qui lui appartient ; ce qui est exclusif des obligations, ainsi que des droits de propriété, ou autres, qu'aurait à exercer cette personne.

En effet, c'est bien de ma part une faculté que de poursuivre ou de ne pas poursuivre mon débiteur dont la dette est échue ; c'est aussi une faculté que j'ai, que de poursuivre ou de ne pas poursuivre celui qui est détenteur de ma chose ; mais mon inaction ne sera cependant pas considérée comme un acte de pure faculté, parce que cette qualification, appliquée aussi aux obligations et aux droits de revendication, rendrait la prescription un vain mot, tandis que ces droits sont très-prescriptibles : jamais elle n'aurait lieu, puisque celui à qui on l'opposerait alléguerait qu'il a usé d'une simple faculté en ne poursuivant pas son débiteur jusqu'au moment actuel, ou en ne réclamant pas sa propriété ; ce qui serait absurde. Les actes de pure faculté s'appliquent, au contraire, à des droits qui nous viennent de la nature ou de la loi, et qui se renouvellent sans cesse : la nature des choses ou la loi les garantissant, mon inaction ne doit être réputée qu'un acte de pure faculté, un acte *négatif*, bien entendu. Et toutes les fois qu'à raison de cette garantie, mon inaction ne pourra me causer un grave préjudice, qu'on pourra même supposer que je n'avais pas d'intérêt à faire l'acte *affirmatif*, je serai censé avoir simplement usé d'une pure faculté dans le parti que j'aurai pris, et la prescription n'aura point couru contre moi. La question dépend donc aussi des circonstances du fait.

589. Quant aux actes de simple tolérance, il ne faut pas les confondre avec ceux de pure faculté. Les uns et les autres ne constituent, il est vrai, aucune possession valable, et, par conséquent, ne fondent aucune prescription ; mais les premiers diffèrent des seconds, en ce que, dans ceux-ci, la personne contre laquelle on veut invoquer aujourd'hui la prescription a pu agir, jouir ou ne pas jouir, user ou ne pas user de la chose qui est l'objet du litige ; tandis que, dans ceux-là, elle n'a pas joui, elle n'a pas usé, du moins exclusivement, et c'est celui qui invoque la prescription qui a joui, qui a usé de la chose, puisque autrement il n'y aurait pas lieu de dire qu'on l'a *toléré*.

Ces actes de simple tolérance ne sont donc rien autre chose que des actes de pur précaire, de familiarité, de bon voisinage (3). Pour les apprécier et les juger, il faut apprécier les circonstances elles-mêmes dans lesquelles ils sont intervenus. Toutes les fois que celui qui prétendra n'avoir usé que d'une simple tolérance, en laissant le voisin faire tel ou tel acte, ne devait pas éprouver,

(1) Voyez *suprà*, nos 137 et suivants.
(2) *Ibid.*, no 136.

(3) *Precibus conceduntur, vel a familiaritate aut vicinitate profluunt.* Les docteurs.

de ce fait, un préjudice tant soit peu considérable, ni une grave incommodité, on pourra raisonnablement penser que le tiers n'a, en effet, agi que par suite de tolérance : par exemple, si après que ma récolte est enlevée, je laisse mon voisin passer sur mon terrain pour sortir le foin de son pré, afin d'abréger le trajet à la voie publique; ou si je le laisse venir de temps à autre, pendant le jour, puiser de l'eau à mon puits, etc.

590. Mais comme les actes de familiarité, d'amitié, de bon voisinage, de simple tolérance, en un mot, ne s'appliquent guère qu'à une jouissance qui constituerait seulement des servitudes discontinues, et qu'aujourd'hui ces sortes de servitudes ne sont pas susceptibles de s'établir par prescription, l'appréciation exacte, et en même temps assez délicate, assez difficile en certains cas, de ces sortes d'actes, est infiniment moins importante qu'elle ne l'était anciennement, si ce n'est encore à l'égard des servitudes de cette espèce que l'on prétendrait avoir été déjà établies lors de la publication du Code, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir par ce mode. Il vaut toujours mieux, même aujourd'hui, retirer une reconnaissance de celui à qui l'on permet ces actes de voisinage ; on peut par là prévenir un procès, quoique mal fondé.

591. Il n'est pas nécessaire, pour que la servitude puisse s'établir par le moyen de la prescription, que ce soit le propriétaire du fonds dominant qui l'exerce : le fermier, le locataire, ou tout autre qu'il aurait placé dans le fonds, bien mieux, le simple possesseur, de bonne ou mauvaise foi, pourraient la faire acquérir au fonds par leur jouissance. Cela ne saurait être douteux à l'égard du fermier ou de tout autre mis dans l'héritage par le propriétaire, puisque celui-ci possède par leur ministère (art. 2228) (1), mais cela est vrai aussi à l'égard du simple possesseur, parce que dans les fictions du droit de la matière, c'est moins lui que le fonds qui a exercé la servitude; il a été le moyen par lequel elle a été acquise au fonds. C'est le fonds qui est censé avoir joui, puisque la loi nous dit que les servitudes sont établies pour l'utilité des héritages (2). (Art. 637.)

592. Il faut aussi que la possession ait eu la durée déterminée par la loi, et qu'elle n'ait pas été interrompue.

Quand celui qui invoque la prescription n'a aucun titre émané d'un tiers, sa possession doit être de trente ans, attendu qu'aucune disposition ne limite à un moindre laps de temps la durée de la prescription en pareil cas, et dès lors qu'il y a lieu d'appliquer la règle générale de l'art. 2262 (3).

Il en serait de même s'il avait un titre d'acquisition, mais qu'il fût de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il connaissait, lors de la concession de la servitude, que celui qui la lui concédait n'était pas propriétaire de l'héritage assujetti.

593. Mais dans le cas où celui qui invoque la prescription aurait reçu de bonne foi, du non-propriétaire (4), la servitude dont il s'agit (5), et en aurait joui pendant dix ans entre présents et vingt ans entre absents (par rapport au maître de l'héritage), nous pensons (6) qu'il peut valablement prétendre l'avoir acquise, comme il aurait, d'après les art. 2265 et 2266 (7), acquis la propriété de l'immeuble lui-même, si c'eût été

(1) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(2) Nous faisons, à cet égard, une différence entre la simple stipulation de servitude par le tiers, et l'acquisition par la prescription elle-même opérée par son moyen. Au premier cas, nous appliquons l'art. 1119, qui déclare nulle la stipulation pour autrui, du moins en général. *Voyez*, au surplus, ce qui a été dit *supra*, nº 549, et en ce qui concerne la *conservation* de la servitude par le moyen d'un tiers possesseur, la L. 12, ff. *Quemad. servit. amitt.*

(3) Code de Hollande, art. 2004.

(4) Car si c'était du propriétaire, il n'y aurait pas lieu à la question, puisque la servitude aurait été pleinement établie par l'effet du titre seul, en supposant ce propriétaire capable de disposer de ses droits.

(5) Car s'il s'agit d'une servitude discontinue ou non apparente, il n'y aurait pas plus eu de prescription de dix ou vingt ans, que de prescription trentenaire, puisqu'il n'y aurait pas *de possession légale* ou utile pour prescrire.

(6) Cette opinion est controversée ; elle est adoptée par M. Troplong, *Traité de la prescription*, nº 856, et par M. Delvincourt. — *Voyez*, en sens contraire, Toullier, nº 629 ; Favard, vº *Servitude*, sect. 3, §§ 5, 20 ; Pardessus, *Traité des Servitudes*, nº 306 de l'édition Hauman ; Solon, *Traité des Servitudes*, nºs 397 et 510 ; arrêts de la cour de cassation de France des 10 décembre 1834, et 20 décembre 1836 et 28 mars 1837; Sirey, 1835, I, 24 ; 1838, I, 145 et 506, ainsi que deux arrêts des cours de Lyon et Limoges, *ibid.*, 506, et enfin un arrêt de la cour de Liége du 2 avril 1838)*Jurispr. de Belg.*, 1839, II, p. 46.)

(7) Ces deux articles ont été remplacés par l'art. 2000 du Code de Hollande.

l'immeuble qui lui eût été vendu, donné, légué ou cédé. Qui peut le plus peut le moins. On ne voit pas pourquoi le législateur aurait eu égard au titre émané d'un tiers quand il s'agit de l'acquisition de la propriété, en ce sens qu'alors la prescription s'accomplit par une jouissance d'une bien moindre durée, tandis que ce titre serait regardé comme non avenu lorsqu'il s'agirait seulement d'un droit de servitude.

On fait toutefois trois objections : la première est fondée sur ce que le Code ne fait pas cette distinction.

La seconde, qui n'est que le développement de la première, est puisée dans l'article 2265 lui-même, qui admet bien, il est vrai, l'acquisition d'un immeuble par la possession ou jouissance pendant dix ans entre présents et vingt ans entre absents; mais la servitude, dit-on, n'est pas un immeuble, c'est simplement un droit immobilier; et comme cette prescription est une exception au principe général sur la durée du temps requis pour pouvoir acquérir par ce mode une prescription de faveur, il n'y a que ceux qui se trouvent dans le cas spécialement prévu par la loi qui aient le droit de l'invoquer.

Enfin la troisième consiste à dire que l'admission de la prescription de dix et vingt ans présenterait de graves inconvénients, qu'elle serait pleine de dangers pour les propriétaires qui ne cultivent pas par eux-mêmes leurs héritages : un fermier, un colon partiaire, ou tout autre détenteur à précaire, pourrait facilement, à l'insu du maître, fournir à un voisin un titre qui serait pour lui le moyen d'acquérir promptement la servitude.

Il est vrai que le Code, en parlant de l'établissement des servitudes, se borne à dire qu'elles s'acquièrent (sous certaines distinctions) par titre et par prescription (art. 690), et en ce qui touche la prescription elle-même, il ne distingue pas entre le cas où celui qui réclame la servitude s'appuie sur un titre émané d'un tiers, et le cas où il n'a pas de titre du tout : d'où il semblerait que, dans tous les cas, sa jouissance devrait être de trente années, puisqu'il n'a pas été fixé un laps de temps plus court. Mais on répond que si le Code, au titre *des Servitudes*, ne consacre pas la distinction, d'autre part il ne l'exclut pas non plus : en conséquence, il y a lieu à l'application des principes du droit commun : or la prescription de dix et vingt ans, avec titre et bonne foi, est dans les termes du droit commun.

Quant à la seconde objection, il nous semble qu'on peut y répondre avec succès. L'art. 526 dit positivement que les services fonciers, comme l'usufruit des immeubles, sont eux-mêmes des *immeubles* par l'objet auquel ils s'appliquent : dès lors l'art. 2265 ne leur est donc point étranger. Cet article, qui prêterait son appui à celui qui aurait acheté le fonds assujetti et réclamerait ainsi la propriété, doit, par une raison au moins égale, le lui prêter quand il ne réclame qu'une servitude, une simple modification de la propriété elle-même. C'est ainsi qu'on a jugé en cassation (1) que celui qui avait acheté de bonne foi *a non domino* un droit d'usufruit sur un immeuble, a pu le prescrire par dix ans entre présents et vingt ans entre absents. Or la raison est la même pour les servitudes. Tous ces droits sont, si l'on veut, simplement des *droits* immobiliers; mais enfin le Code lui-même dit positivement que ce sont des *immeubles* par l'objet auquel ils s'appliquent.

La troisième objection n'est pas mieux fondée, parce qu'elle s'appliquerait également au cas où le fermier, par exemple, au lieu de conférer au voisin un titre de servitude, lui aurait conféré un titre de propriété; et d'après l'art. 2238, combiné avec l'art. 2265, ce voisin pourrait très-bien prescrire par dix ans entre présents et vingt ans entre absents. Remarquons d'ailleurs que nous exigeons en lui la bonne foi, que nous voulons qu'il crût, lors de sa concession, que le concédant n'était pas un fermier, mais bien un propriétaire. D'après cela, il n'y a pas plus d'inconvénients à craindre en ce qui touche la servitude qu'en ce qui concerne la propriété elle-même, surtout si l'on songe que le propriétaire aurait une action en dommages-intérêts contre le fermier qui aurait ainsi porté atteinte à ses droits; ce qui est une garantie de plus contre les abus que l'on pourrait redouter.

Au reste, si celui qui a concédé sur l'héritage d'autrui un droit de servitude sans l'aveu du propriétaire, devenait lui-même propriétaire du fonds, la servitude se trouverait établie à l'instant même, comme si le maître avait ratifié la concession. En sorte que, bien que le fonds sortît ensuite

(1) Le 17 juillet 1816 (Sirey, 1817, I, 132). *Voyez* au tome précédent, n° 1313, et *supra*, n° 7.

de sa main avant le temps ordinaire de la prescription, le concessionnaire exercerait la servitude vis-à-vis du tiers comme vis-à-vis du concédant. L'exception qui résultait, contre ce dernier, de l'acte de concession, s'élèverait également contre son successeur quelconque.

594. Il faut que la prescription n'ait pas été interrompue, et elle peut l'avoir été de deux manières, naturellement ou civilement. (Art. 2242) (1).

Il y aurait eu interruption naturelle si celui qui a joui de la servitude avait été privé, pendant plus d'un an, de sa jouissance, soit par le propriétaire, soit même par un tiers. (Art. 2243) (2).

Une citation en justice, un commandement ou une saisie, signifiés à celui qu'on veut empêcher de prescrire, forment l'interruption civile. (Art. 2244) (3).

La citation en conciliation devant le bureau de paix interrompt aussi la prescription du jour de sa date, lorsqu'elle est suivie d'une assignation en justice donnée dans les délais de droit (art. 2245) (4); et ces délais sont d'un mois à dater du jour de la non-comparution ou de la non-conciliation. (Article 57, Cod. de procéd.).

Si l'assignation est nulle par défaut de forme, si le demandeur se désiste de sa demande, s'il laisse périmer l'instance, ou si sa demande est rejetée, l'interruption est regardée comme non avenue. (Art. 2247) (5).

Mais la citation en justice, donnée même devant un juge incompétent, n'en est pas moins interruptive de prescription. (Art. 2246) (6).

Il y a encore interruption quand celui au profit duquel courait la prescription a reconnu le droit de celui contre lequel il prescrivait. (Art. 2248) (7).

595. Si le fonds au profit duquel est exercée la servitude appartient à plusieurs par indivis, l'interruption qui a lieu à l'égard de l'un deux, ou sa reconnaissance, suffit pour interrompre la prescription à l'égard de tous. (Art. 2249) (8).

596. Dans tous les cas où il y a eu interruption, le temps antérieur n'est jamais compté : la prescription n'a pu commencer que par un nouveau cours. C'est une notable différence d'avec la simple suspension de prescription, comme dans le cas de minorité. Dans ce dernier cas, le temps antérieur à la suspension se joint à celui qui s'est écoulé depuis qu'elle a cessé.

597. Au reste, celui qui exerce aujourd'hui la servitude, et prouve l'avoir anciennement exercée, est présumé l'avoir exercée dans le temps intermédiaire, sauf la preuve contraire. (Art. 2234)(9).

598. Et pour compléter la prescription de la servitude, on peut joindre à sa possession celle de son auteur, de quelque manière qu'on lui ait succédé, soit à titre universel ou particulier, soit à titre lucratif ou onéreux. (Art. 2235)(10).

599. Pas plus en matière de servitude qu'en matière de propriété, la prescription ne court contre les mineurs et les interdits. L'art. 2252 (11) ne fait aucune distinction ; il porte, de la manière la plus absolue, qu'elle ne court point contre ces personnes. En sorte que si, parmi ceux qui possèdent par indivis un fonds sur lequel un tiers exerce un droit de servitude, il se trouve un mineur ou un interdit, la prescription n'aura couru contre aucun des copropriétaires, par la raison que la servitude étant indivisible, elle ne peut s'acquérir pour partie. Si l'état de mineur ou d'interdit de l'un des propriétaires par indivis d'un fonds auquel il est dû une servitude suffit pour conserver le droit des autres, en empêchant de courir contre eux la prescription à l'effet d'éteindre la servitude (art. 709 et 710), par une raison au moins égale, cet état suffit pour conserver la franchise de l'héritage tant qu'il demeurera indivisé.

600. La prescription à l'effet d'acquérir les servitudes ne court point non plus entre époux. (Art. 2253) (12).

(1) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.
(2) Code de Hollande, art. 2015.
(3) Ibid., art. 2016.
(4) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.
(5) Code de Hollande, art. 2018.
(6) Ibid., art. 2017.
(7) Code de Hollande, art. 2019.
(8) Ibid., art. 2020.
(9) Ibid., art. 1994.
(10) Ibid., art. 1995.
(11) Ibid., art. 2024.
(12) Ibid., art. 2025.

601. Elle court, il est vrai, en thèse générale, contre la femme au profit des tiers, sauf son recours contre son mari, s'il était chargé de l'administration de ses biens (1); mais il en est autrement dans les cas où l'action de la femme contre eux réfléchirait contre le mari, parce que, par exemple, il aurait vendu un droit de servitude sur les biens de celle-ci, et serait garant de la vente (art. 2256). La loi suppose, en pareil cas, qu'il fait usage de son ascendant sur elle pour l'empêcher d'agir contre le tiers, ce qui n'est, à la vérité, qu'un empêchement de fait, puisqu'elle eût pu se faire autoriser par justice, mais cependant ce qui a paru suffisant pour motiver l'application de la règle : *contra non valentem agere, non currit præscriptio.*

602. Enfin il est nécessaire, pour que la servitude puisse s'acquérir par prescription, que le fonds lui-même sur lequel elle serait exercée soit prescriptible; et comme, en principe, les immeubles frappés du caractère dotal proprement dit ne peuvent être aliénés ni hypothéqués pendant le mariage (art. 1554), et, en conséquence, que la prescription à leur égard ne peut *commencer* tant qu'il subsiste, à moins cependant que la séparation de biens ne vînt à être prononcée, auquel cas ils deviendraient prescriptibles, quelle que fût l'époque où la possession (2) aurait commencé (art. 1561); pareillement aucune servitude ne peut, dans la même hypothèse, s'acquérir sur ces mêmes biens, ni par titre ni par prescription.

603. Cependant, quoique les biens appartenant à l'État ou aux communes ne puissent être aliénés qu'en vertu d'une loi (3), rien n'empêche néanmoins qu'un particulier n'acquière, et par la prescription ordinaire, un droit de servitude sur ceux de ces biens qui ne sont point affectés à un usage public ou communal (4); car la prescription court contre l'État et les communes comme contre les particuliers. (Art. 2227.)

604. Anciennement on décidait qu'aucun droit ne pouvait être acquis par prescription sur des biens grevés de substitution, par le motif, disait-on, que tant que la substitution n'était pas ouverte, les appelés ne pouvaient agir pour interrompre la prescription, et par conséquent que c'était le cas d'appliquer la règle : *Contra non valentem agere, non currit præscriptio*; d'autant mieux qu'à l'empêchement de droit (en le supposant réel), se joint ordinairement, en pareil cas, l'empêchement de fait; car il est possible que les appelés soient mineurs, qu'ils ne soient même pas encore nés. Et nous avons entendu enseigner cette doctrine aussi par rapport aux biens grevés de substitution en vertu des dispositions du Code civil; mais nous ne saurions y donner notre assentiment. Le principe général, en matière de prescription, c'est que tous les biens, tous les droits sont susceptibles de s'acquérir et de se perdre par ce mode (art. 2262). Il y a des exceptions sans doute, mais nous n'en voyons aucune dans le Code relativement aux biens grevés de substitution, comme nous en voyons une en faveur des immeubles dotaux. On ne peut nier que le droit des appelés ne soit un droit conditionnel, dépendant de la circonstance qu'ils survivront au grevé : or, quiconque a un droit conditionnel peut faire tous les actes nécessaires ou utiles à sa conservation (art. 1180). Ainsi, il n'y a pas d'empêchement de droit à l'interruption de la prescription; et comme, hormis le cas où la loi a fait d'un simple empêchement de *fait* une cause de suspension de la prescription, il n'y a pas lieu d'invoquer, pour prétendre qu'elle n'a pas couru, la maxime précitée : on doit tenir qu'en effet, dans les principes du Code, elle n'a point été suspendue par la circonstance seule que la substitution n'était point encore ouverte; sauf, bien entendu, la suspension pour cause de minorité des appelés, et par la même raison s'ils n'étaient pas encore nés, et sauf aussi leur action en dommages-intérêts contre les héritiers du grevé qui a laissé dépérir les biens,

(1) Ce n'est pas dans tous les cas, en effet, qu'il en est chargé: il ne l'est point dans celui de séparation contractuelle ou judiciaire, ni, sous le régime dotal, à l'égard des paraphernaux.

(2) Il y a dans l'art. 1561 : « Quelle que soit l'époque à laquelle la *prescription* a commencé; » mais c'est une inexactitude de rédaction, puisque l'on venait de dire qu'elle ne pouvait commencer pendant le mariage, et qu'il est bien certain que le mariage n'interrompt ni ne suspend le cours de celle qui aurait commencé auparavant.

(3) *Voyez*, tome précédent, n°s 1008 et 1020.

(4) *Voyez*, au sujet de cette restriction, ce qui a été dit *supra*, n°s 293 et suiv.

dans le cas où ils ne le seraient point eux-mêmes (1).

605. Nous avons jusqu'à présent expliqué les cas où les servitudes peuvent s'acquérir par prescription, et ceux où elles ne le peuvent pas; maintenant il importe de voir si l'on peut de cette manière acquérir un nouveau mode d'exercice de la servitude que l'on a déjà.

L'art. 708 dit bien que le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude même, et de la même manière; mais cet article est placé sous la section qui traite de l'extinction des servitudes, tandis que nous ne nous occupons en ce moment que de ce qui est relatif à leur acquisition.

Le point en question n'est, au surplus, pas douteux, mais il est besoin de faire quelques distinctions.

606. Le nouveau mode d'exercice de la servitude peut être plus avantageux ou moins avantageux au maître du fonds dominant, que ne l'était le mode primitif, et augmenter ou diminuer ainsi l'étendue de la servitude, sans cependant en constituer une nouvelle, même de l'espèce de celle dont il s'agit.

Ou bien le nouveau mode en constituerait une nouvelle, sinon quant à l'espèce, du moins quant à l'être moral, à l'individu intellectuel.

Dans la première hypothèse, et quand le nouveau mode serait plus avantageux au maître du fonds dominant, il faut distinguer : s'il s'agissait d'une servitude qui ne serait pas susceptible de s'acquérir par prescription, le nouveau mode ne pourrait non plus s'acquérir de cette manière. Par exemple, j'avais, en vertu d'un titre, le droit de passer à pied par votre fonds; je passe par le même endroit pendant plus de trente ans à cheval ou avec voiture : dans ce cas, je conserve simplement mon droit de passage à pied, parce que, en passant à cheval ou en voiture, j'ai implicitement usé du droit de sentier, d'après la règle : *Minus majori inest* (2); mais je n'ai pas acquis le nouveau mode, qui est plus ample, car il constituerait une servitude qui n'est plus susceptible aujourd'hui de s'acquérir par prescription, puisqu'elle est essentiellement discontinue (art. 688-691). Que s'il s'agissait d'un nouveau mode de servitude susceptible de s'acquérir de cette manière : par exemple, j'avais simplement le droit d'avoir sur votre terrain des vues au moyen de fenêtres ouvrantes de trois pieds de hauteur sur deux et demi de largeur, et depuis plus de trente ans j'en ai pratiqué de six pieds de haut sur quatre de large; ou bien j'avais le droit d'avoir une conduite d'eau qui devait m'en donner vingt-quatre pouces cubes, et j'ai eu depuis plus de trente ans un canal qui m'en a donné quarante-huit pouces : dans ces cas, et autres semblables, le nouveau mode d'exercice a définitivement remplacé l'ancien.

Toujours dans la première hypothèse, mais lorsque le nouveau mode est moins avantageux au propriétaire du fonds dominant, par conséquent qu'il a diminué la charge du fonds assujetti, il n'y a pas la même distinction à faire à raison des diverses espèces de servitudes : dans tous les cas, l'ancien mode sera éteint et remplacé par le nouveau. Ainsi, ayant eu d'abord le droit d'avoir des fenêtres de six pieds de hauteur, ou quarante huit pouces cubes d'eau, ma fenêtre n'a eu pendant trente ans que quatre pieds, ou je n'ai pris que vingt-quatre pouces d'eau seulement; ou bien ayant eu le droit de passer avec des chars ou charrettes, je n'ai passé qu'à pied, mais par le même endroit : il me sera interdit de revenir au mode primitif, puisqu'il est prescrit (art. 708), mais je conserve mon droit de servitude avec le nouveau; autrement ce ne serait pas seulement son mode d'exercice qui serait éteint par la prescription, comme le dit l'article précité, ce serait la servitude elle-même (3).

607. Dans la seconde hypothèse, où le nouveau mode constituerait une nouvelle servitude, sinon quant à l'espèce, du moins quant à l'être moral, on doit faire la même distinction que dans la première, et voir si ce nouveau mode s'applique à une servitude susceptible de s'acquérir par prescription, ou s'il ne s'y applique pas.

(1) Car s'ils se portaient ses héritiers purs et simples, cela les soumettrait à la garantie, et il se ferait confusion.

(2) L. 21, ff. *de Regul. juris.*; L. 2. ff. *Quemad. servit. amitt.* par *a fortiori*.

(3) La L. 2, ff. *Quemad. servit. amitt.* précitée, confirme cette décision à l'égard de la servitude de passage.

S'il s'y applique : par exemple, ayant eu d'abord le droit d'avoir une fenêtre d'aspect donnant sur telle partie de votre fonds, j'en ai eu une pendant plus de trente ans sur une autre partie; ou bien, ayant eu le droit d'avoir eu une fenêtre d'aspect, j'en ai simplement pratiqué une à jour oblique, ou *vice versa :* dans ces cas, j'ai perdu l'ancien mode, il est vrai, mais j'ai acquis le nouveau, qu'il me soit plus avantageux où moins avantageux, n'importe.

S'il ne s'y applique pas : *puta,* ayant eu le droit de passer sur telle partie de votre fonds, j'ai constamment passé depuis plus de trente ans sur la partie opposée, on peut soutenir que l'ancien mode est éteint par le non-usage, et que le nouveau n'est pas acquis par la prescription. Ce dernier point est incontestable, puisque la servitude de passage est discontinue. Ce qui est seul susceptible de controverse, c'est de savoir si au moins la servitude n'a pas été conservée, à la charge de l'exercer désormais d'après l'ancien mode, dans le cas où le maître du fonds assujetti voudrait s'opposer à ce que le nouveau fût encore suivi. Mais on doit tenir pour la négative, précisément parce que la loi porte expressément que le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude même, et de la même manière (article 708), c'est-à-dire par le non-usage. Or, on n'a point usé de ce mode depuis plus de trente ans, on le suppose. La L. 10, § 1, ff. *Quemad. serv. amitt.,* renferme une décision absolument conforme. Suivant cette loi, celui qui, ayant le droit de prendre l'eau pendant la nuit, ne s'en est servi que pendant le jour (*vel vice versa*) durant le temps requis pour l'extinction des servitudes par le non-usage, a perdu le droit de s'en servir d'après le mode primitif; et comme dans notre droit actuel on ne peut pas plus acquérir par prescription un mode de servitude discontinue, qu'on ne pourrait acquérir la servitude elle-même, la conséquence nécessaire, c'est que la servitude est éteinte.

608. Il en serait autrement, sans doute, s'il était établi que le changement de mode a eu lieu d'un commun accord entre les parties; mais ce serait au maître du fonds dominant, menacé de perdre son droit, à prouver qu'en effet cet accord a existé, et qu'il s'est fait ainsi un changement de la servitude elle-même.

609. De ces principes l'on doit encore tirer la conséquence que si, même à l'égard des servitudes continues et apparentes, le propriétaire de l'héritage assujetti est un mineur ou un interdit, l'ancienne servitude ou l'ancien mode d'exercice aura bien été éteint pour avoir été abandonné pendant tout le temps requis pour la prescription à l'effet de libérer l'héritage, si d'ailleurs la prescription elle-même a pu courir contre le propriétaire du fonds dominant, mais qu'il n'aura point été remplacé par une nouvelle servitude ou par un mode plus étendu que l'ancien, puisque la prescription, qui serait ici la seule cause de cette novation, n'a pu courir contre le mineur ou l'interdit. Cette décision pourra paraître à quelques personnes plutôt fondée sur la subtilité de principes que sur l'équité, et cependant nous la croyons conforme aux règles de la matière.

SECTION VI

DES DROITS DU PROPRIÉTAIRE DU FONDS DOMINANT QUANT A L'EXERCICE DE LA SERVITUDE, ET DES OBLIGATIONS DU MAITRE DU FONDS ASSUJETTI.

SOMMAIRE.

§ Ier.

Droits du propriétaire du fonds dominant quant à l'exercice de la servitude.

610. *Par le seul fait de la constitution de servitude, le maître du fonds dominant peut faire tout ce qui est nécessaire pour en user et la conserver.*

611. *Il peut faire tous les travaux nécessaires à cet effet.*

612. *Ces travaux sont à sa charge.*

613. *Ils peuvent cependant être mis à la charge du propriétaire du fonds asservi, et cette charge est réelle : conséquence.*

614. *Le propriétaire du fonds assujetti, quel qu'il soit, même celui qui a concédé la servitude, peut toujours s'affranchir de la charge de faire les travaux en abandonnant le fonds.*

615. *Ce qu'on doit entendre en ce cas par* fonds assujetti.

616. *Le maître du fonds dominant ne peut rien faire qui aggrave la condition de l'autre fonds.*

617. *Application de la règle au cas d'un droit de passage;*

618. *Et au cas d'un droit de prise d'eau.*

§ II.

Obligations du propriétaire du fonds assujetti.

619. *Dans les servitudes affirmatives, il doit souffrir que le maître du fonds dominant fasse ce qui est nécessaire à l'exercice du droit.*
620. *Dans les servitudes négatives, il doit s'abstenir de faire ce qu'il s'est interdit.*
621. *Et généralement dans toute servitude il ne doit rien faire qui tendrait à en diminuer l'usage, ou qui le rendrait moins commode.*
622. *Il peut cependant, en certains cas, demander et obtenir un changement quant au lieu de l'exercice du droit.*
623. *Manière de procéder en cas de contestation sur la sincérité des motifs qui font demander ce changement.*

§ Ier.

Droits du propriétaire du fonds dominant quant à l'exercice de la servitude.

610. Par le seul fait de la constitution de servitude, le propriétaire du fonds dominant a le droit de faire tout ce qui est nécessaire pour en user et la conserver. (Art. 696, 697.)

Ce droit lui est tacitement concédé par le constituant lui-même, suivant cette règle de logique, *qui veut la fin veut les moyens*. Voilà pourquoi la concession d'un droit de puisage à la fontaine d'autrui, sans autre explication, renferme le passage nécessaire pour aller à la fontaine et en revenir. (Même art. 696.)

611. Le propriétaire du fonds dominant peut donc faire sur le fonds assujetti tous les travaux nécessaires pour user de la servitude et la conserver : par exemple, creuser un béal, s'il s'agit d'une prise d'eau ; pratiquer un chemin, s'il s'agit d'un passage, en se conformant toutefois au titre, s'il a réglé la nature et l'étendue des travaux.

612. Mais ces travaux sont à sa charge et non à celle du propriétaire du fonds asservi (art. 698), parce qu'il n'est pas dans la nature du droit de servitude que celui qui la doit soit tenu de faire quelque chose, mais bien seulement de *souffrir* ou de *ne pas faire* (1).

613. Cependant, on a pu convenir (2) que les travaux nécessaires à l'exercice du droit seraient à la charge du maître du fonds assujetti (*ibid.*) ; et dans ce cas, la charge n'est pas seulement personnelle, de manière que le constituant et ses héritiers en seraient seuls tenus, et non les simples successeurs à la chose ; elle est réelle, à l'imitation de celle qui naît de la constitution d'hypothèque. Sur le cas de la servitude dite *oneris ferendi*, qui avait, et qui a encore, selon nous du moins (3), cela de particulier, que le maître du mur était tenu de l'entretenir en état de supporter la charge du voisin, la L, 6, § 2, ff. *si Servit. vindicetur*, dit que ce n'en est pas moins le fonds plutôt que la personne qui doit la servitude, même sous ce rapport : *Hanc servitutem non hominem debere, sed rem.* Or notre art. 698 consacre d'une manière générale ce que cette loi décide pour la servitude *oneris ferendi.*

614. Et puisque la charge est réelle, il s'ensuit que celui qui a concédé la servitude, ainsi que tout successeur quelconque à l'héritage, peut toujours, en abandonnant le fonds assujetti au maître du fonds dominant, se libérer de la charge de faire les travaux. (Art. 699.)

615. Ici toutefois se présente une question, sur laquelle on a élevé une controverse, celle de savoir s'il serait obligé d'abandonner le fonds en totalité, ou s'il lui suffirait d'abandonner seulement la partie sur laquelle s'exerce la servitude : par exemple, dans celle de passage, le terrain sur lequel règne le chemin ; dans celle de conduite d'eau, la partie sur laquelle est creusé le canal.

Quelques personnes prétendent que la charge du propriétaire du fonds assujetti, de faire les tra-

(1) L. 15, § 1, ff. *de Servitutibus.*

(2) L'art. 698 porte : « Ces ouvrages sont à ses frais, à moins que le *titre d'établissement de la Servitude* ne dise le contraire ; » mais il est bien évident qu'il en serait de même si c'était par un acte *postérieur* que les travaux eussent été mis à la charge du maître du fonds assujetti ; car cet acte, en confirmant ainsi la constitution, vaudrait, par cela même, titre d'établissement de la servitude. Ces mots sont donc simplement explicatifs.

(3) *Voyez supra*, n° 503

vaux, étant réelle, comme celle d'un détenteur hypothécaire, elle subsiste en totalité sur chaque partie du fonds, et par conséquent que ce propriétaire ne peut s'en affranchir que de la même manière dont pourrait s'affranchir le détenteur. Or celui-ci serait tenu de payer toutes les dettes à quelque somme qu'elles pussent monter, ou de délaisser l'immeuble en totalité. (Art. 2114 et 2168 combinés.)

On ajoute que l'abandon de la seule partie sur laquelle s'exerce la servitude serait parfois un sacrifice illusoire, pour l'affranchissement d'une charge qui n'a peut-être été consentie que moyennant un prix plus ou moins considérable : tel serait le cas où il s'agirait de la servitude de supporter une terrasse, que le propriétaire du fonds assujetti se serait soumis à entretenir en bon état, et dont il voudrait maintenant abandonner le sol, devenu à jamais inutile pour lui par la construction de la terrasse qui le couvre.

Enfin l'on dit que l'article 699 parle expressément de l'abandon du *fonds assujetti,* et non pas seulement d'une partie de ce fonds.

Sans contester absolument la justesse de l'assimilation de la charge, pour le propriétaire du fonds assujetti qui s'y est soumis, de faire les travaux nécessaires à l'exercice de la servitude, à l'obligation d'un détenteur hypothécaire, nous ne saurions néanmoins adopter la conséquence qu'on en tire.

Oui, sans doute, il y a charge réelle pour ce propriétaire, mais seulement quant à ce qui est affecté de la servitude ; car c'est là véritablement le fonds assujetti; et l'article précité n'a pu vouloir parler d'autre chose. Ce ne serait que par une équivoque, qu'on entendrait ces mots *fonds assujetti*, de tout le fonds, tel qu'il était lors de la constitution de la servitude, de manière que les parties, par exemple, qui en auraient été détachées, seraient encore affectées du droit, quand bien même il resterait encore mille fois plus de terrain qu'il n'en faudrait pour son exercice. Mais cette équivoque disparaît devant l'analyse des principes de la matière et l'interprétation de la volonté présumée des contractants.

D'abord, il est incontestable qu'ils ont bien pu n'établir la servitude que sur telle ou telle partie du fonds seulement, et en pareil cas il est clair que tout le surplus n'en est point affecté (1). Or, quand un lieu a été spécialement désigné dans le titre constitutif pour l'exercice du droit, par exemple, lorsque, propriétaire d'un champ d'une étendue plus ou moins considérable, *puta*, de cent arpents, je vous concède un passage sur l'un des bords de ce champ, par tel endroit désigné, n'est-il pas évident que je n'entends point par là grever la totalité de mon terrain, mais bien seulement la partie indiquée pour fournir le passage, celle, en un mot, sur laquelle le chemin devra être pratiqué? Le simple bon sens, d'accord avec les principes de la matière, ne permet pas une autre interprétation de mon intention. Jamais je n'ai pu vouloir, par une telle concession, affecter de la servitude les parties de mon champ qui sont à l'autre extrémité, et sur lesquelles, d'après le titre lui-même, vous n'auriez pas le droit de passer, puisque le passage ne vous a été accordé que sur la région opposée; et, dans la plupart des cas, cette assignation spéciale se trouvera dans le titre constitutif (2) : alors elle sera la loi des parties ; par conséquent l'abandon de la portion sur laquelle uniquement la servitude est assise, sera, dans l'esprit de l'article 699 lui-même, l'abandon du fonds assujetti, et affranchira le maître du fonds asservi de l'obligation de faire les travaux, à laquelle lui ou son auteur s'était soumis.

Que l'on suppose aussi que j'ai simplement concédé le passage sur mon champ, sans autre explication, sans indication spéciale du lieu par où il s'exercerait : ce cas est prévu à la Loi 9, ff. *de Servitutibus,* et le jurisconsulte Celse y décide en principe, 1° que le concessionnaire peut choisir le lieu qui lui conviendra pour exercer la servitude; mais 2° qu'il doit le faire *civiliter*, de manière à ne pas nuire au maître du fonds assujetti, par exemple, qu'il ne doit pas passer à travers les vignes ou par la maison de la métairie, s'il y en a une, quand il peut passer ailleurs sans

(1) La L. 6, ff. *de Servit.*, dit positivement qu'on peut établir la servitude pour une partie seulement du fonds dominant, *ad certam partem fundi*. Par une raison au moins égale, peut-on ne l'établir que sur une portion seulement du fonds assujetti?

(2) C'est assez ce que suppose l'art. 701 en disant : « Le propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut changer l'état des lieux, ni transporter l'exercice de la servitude dans un endroit différent de celui *où a elle été primitivement assignée.* »

grande incommodité (1) ; 3° enfin, qu'une fois qu'il a fait son choix, il ne peut plus exercer la servitude par un autre endroit, et tout cela, ajoute Celse, est applicable à la servitude de conduite d'eau.

Ainsi, même dans le dernier cas, une fois que le lieu du passage a été fixé, le propriétaire du fonds dominant a épuisé son droit quant au choix de la partie par où doit s'exercer la servitude, et il ne peut plus l'exercer par un autre endroit : donc les autres parties du fonds sont libres, puisqu'il ne peut pas maintenant les faire servir à l'exercice de cette servitude ; donc celle-là seulement sur laquelle s'exerce le passage est réellement affectée, et forme le fonds assujetti. Les autres pourraient tout au plus en être tenus subsidiairement, pour le cas où, par un événement de force majeure, comme le débordement d'une rivière, un éboulement, elle deviendrait impropre à l'usage du droit, ce que nous ne contestons rigoureusement pas dans l'hypothèse actuelle, mais ce qui ne combat point notre sentiment, puisque cet événement n'a pas eu lieu ; par conséquent encore, en abandonnant cette partie, celui qui doit la servitude, abandonne le fonds assujetti dans le sens naturel et légal de l'article 699.

Entendre autrement cet article, c'est rendre illusoire la faculté qu'il accorde au propriétaire assujetti, ou plutôt le droit qu'il lui reconnaît et qui est tellement inhérent à la nature des servitudes, qu'on n'aurait assurément pas, sans ce droit, admis la convention par laquelle ce propriétaire a pris sur lui les travaux nécessaires à l'exercice ou à la conservation de celle qui a été établie ; car dans presque tous les cas on préférerait faire ces travaux plutôt que d'abandonner le fonds en totalité ; et s'il peut s'en présenter quelques-uns où l'abandon de la seule partie sur laquelle s'exerce le droit n'offrirait qu'un faible dédommagement au maître du fonds dominant, tel que celui que nous avons donné d'abord comme exemple, ils seront si rares comparativement, qu'il est permis de croire que le législateur n'y a eu aucun égard. D'ailleurs, il y a toujours, pour le maître du fonds dominant, acquisition de la propriété du terrain sur lequel il n'avait auparavant qu'un simple droit de servitude : il pourra maintenant en faire ce que bon lui semblera, et cela suffit pour justifier cette décision, si l'on s'attache aux principes de la matière.

616. Le propriétaire a bien, comme nous venons de le dire, le droit de faire les travaux nécessaires à l'exercice ou à la conservation de la servitude, mais il ne doit rien faire, ni dans son fonds, ni dans le fonds assujetti, qui puisse aggraver la condition de ce dernier : il ne peut user du droit que suivant son titre, et sans pouvoir faire des changements préjudiciables à l'autre propriétaire. (Art. 702) (2).

617. Ainsi, s'agit-il d'un droit de passage, et le fonds dominant vient-il à être divisé, la servitude reste due sans doute pour chaque portion, mais tous les propriétaires (3) sont obligés de l'exercer par le même endroit (art. 700); et il en serait ainsi, par la même raison, s'ils possédaient encore le fonds en commun.

618. S'agit-il d'une prise d'eau, les divers propriétaires du fonds dominant, que nous supposons avoir été divisé, s'en distribueront le volume comme ils l'entendront, *temporibus aut mensura*, sans pouvoir en exiger un plus considérable que lorsque le fonds n'était point encore partagé.

§ II.

Obligations du propriétaire du fonds assujetti.

619. Dans les servitudes affirmatives, le maître du fonds asservi est tenu de souffrir que l'autre propriétaire fasse tous les travaux nécessaires à l'exercice et à la conservation de la servitude, suivant ce qui a été explicitement ou implicitement convenu, et même de faire les travaux, s'ils ont été spécialement mis à sa charge par le titre

(1) Notre art. 701, dernière disposition, est conçu dans le même esprit ; il va même plus loin encore, puisqu'il autorise, dans les cas qu'il prévoit, le maître de l'héritage assujetti à demander le changement du lieu par où s'exerçait déjà la servitude, n'importe le temps depuis lequel les choses se trouvent en cet état.

(2) Code de Hollande, art. 738.

(3) L'article dit tous les *copropriétaires ;* mais c'est une rédaction inexacte, puisque, lorsque le fonds est divisé, ceux qui en possèdent les diverses portions ne sont plus copropriétaires, mais bien propriétaires chacun séparément.

constitutif (art. 699), ou par un acte postérieur (1); sauf à lui, comme il vient d'être dit, à faire l'abandon du fonds assujetti pour s'affranchir de cette charge.

620. Dans les servitudes négatives, comme la prohibition de bâtir sur tel terrain, il doit s'abstenir de faire ce qu'il s'est interdit.

621. Et généralement il ne doit rien faire qui tendrait à diminuer l'usage de la servitude, quelle qu'elle soit, ou qui le rendrait moins commode. (Art. 701.)

Ainsi il ne peut changer l'état des lieux, ni transporter l'exercice de la servitude dans un endroit différent de celui où elle a été primitivement assignée. (*Ibid.*)

622. Cependant, comme l'équité veut que nous fassions le bien d'autrui quand nous n'en éprouvons aucun dommage notable, si l'assignation primitive de la servitude était devenue plus onéreuse au propriétaire du fonds assujetti, ou si elle l'empêchait d'y faire des réparations avantageuses, il pourrait offrir au propriétaire de l'autre fonds un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits, et celui-ci ne pourrait pas le refuser. (*Ibid.*)

623. S'il y avait contestation sur la sincérité des motifs du changement demandé, le tribunal, après avoir pris l'avis d'experts nommés à cet effet, ou même après avoir ordonné et fait une descente de lieux, ce qui vaut généralement mieux encore, statuerait en conséquence.

SECTION VII.

DES DIVERSES ACTIONS AUXQUELLES PEUVENT DONNER LIEU LES SERVITUDES.

SOMMAIRE.

624. *L'action appelée* confessoire *compète à celui qui a un droit de servitude et qui est troublé dans sa jouissance.*
625. *Cette action est réelle.*
626. *Elle est immobilière, et se porte au tribunal de la situation de l'immeuble assujetti.*
627. *Elle est indivisible : conséquence.*
628. *Suite.*
629. *Suite.*
630. *C'est une espèce de revendication appliquée à une chose incorporelle.*
631. *Indépendamment de l'action confessoire, celui qui est troublé dans l'exercice de la servitude qui lui est due, a, sous certaines conditions et distinctions, l'action possessoire, ou la* complainte.
632. *Exposition de ces conditions.*
633. *En outre, la servitude doit être de nature à s'acquérir par prescription.*
634. *Le juge de paix compétent pour connaître de la complainte est celui de la situation de l'immeuble assujetti.*
635. *Quand la servitude n'est pas du nombre de celles qui s'acquièrent par prescription, le maître du fonds sur lequel elle s'exerce doit l'emporter au possessoire, soit en demandant, soit en défendant;*
636. *Et cela, quand même la servitude eût pu s'acquérir, avant le Code, par prescription, et que la possession aurait commencé avant le Code et se serait continuée depuis.*
637. *Bien mieux, lors même que la possession antérieure au Code aurait suffi pour l'acquisition du droit par prescription.*
638. *Mais lorsqu'à la possession annale actuelle, celui qui l'invoque joint un titre non précaire, le juge de paix peut le maintenir en jouissance, quoique la servitude ne soit pas du nombre de celles qui s'acquièrent par prescription.*
639. *Cela ne devrait pas être, si le titre produit était sous signature privée non reconnue, ni tenue pour reconnue.*
640. *En principe pur, cette dernière décision devrait même s'appliquer à tous les cas où le titre produit est contesté sous d'autres rapports; motifs de la jurisprudence contraire.*
641. *Celui qui a la possession annale régulière d'une servitude susceptible de s'acquérir par prescription n'a rien de plus à prouver pour pouvoir continuer d'en jouir : controversé.*
642. *Celui sur le fonds duquel un autre exerce mal à propos un droit de servitude, a contre lui l'action* négatoire, *et la complainte si la possession n'est pas annale, ou si, étant annale, la servitude n'est pas susceptible de s'acquérir par prescription et que le défendeur n'ait pas de titre.*

(1) Voyez *supra*, n° 612, note.

643. *Celui qui a gagné au possessoire et qui a succombé au pétitoire, ne doit pas pour cela être condamné aux dépens du possessoire; sans préjudice des dommages-intérêts, s'il y a lieu.*

644. *Le jugement au pétitoire est sujet à appel, à moins que le fonds prétendu assujetti ne fût pas d'un revenu de plus de 50 fr. par prix de bail ou de rente. Il y a également lieu à appel du jugement rendu au possessoire.*

645. *Peu importerait qu'on eût joint à la complainte une demande en dommages-intérêts n'excédant pas 50 francs.*

646. *Il en serait autrement si, dans ce cas, la propriété ou la possession annale n'était pas contestée par le défendeur.*

624. Celui qui a un droit de servitude a, pour le faire reconnaître par celui qui le lui conteste, l'action qu'on appelle, dans la doctrine, action *confessoire* (1).

625. Comme on l'a dit plus haut (2), cette action est réelle, puisqu'elle est le moyen d'exercer un droit réel : elle peut donc s'intenter contre tout détenteur quelconque du fonds assujetti.

626. Elle est immobilière, et par conséquent elle doit, ainsi que toutes celles qui sont relatives aux servitudes, être portée au tribunal de la situation de l'immeuble prétendu assujetti. (Article 59, Cod. de procéd.)

627. Elle est indivisible (3), c'est-à-dire que chacun des copropriétaires de l'héritage dominant, ou, après la mort de celui qui le possédait seul, chacun de ses héritiers, avant le partage de ses biens, a qualité pour l'exercer seul (article 1224), parce qu'il ne peut pas demander pour une partie ce qui n'est pas susceptible de parties. Mais après le partage, l'action appartient seulement à celui ou à ceux au lot desquels est échu l'immeuble, ou à qui cet immeuble a été adjugé sur licitation (4). (Art. 883.)

628. Le défendeur peut, au surplus, quand il n'y a pas encore eu partage du fonds, et qu'il est poursuivi par un ou plusieurs des intéressés seulement, demander au tribunal un délai pour mettre les copropriétaires en cause, afin qu'il n'ait pas à redouter leur tierce opposition, s'il venait à être renvoyé de la demande. Mais il n'en serait pas de ce cas comme de celui où un acquéreur à réméré est assigné pour l'exercice du rachat par un ou plusieurs des héritiers du vendeur : cet acquéreur peut exiger que les autres héritiers soient mis en cause, afin de s'accorder sur la reprise de l'immeuble en entier, et s'ils ne s'accordent pas, il est renvoyé de la demande (art. 1670) : dans ce cas, la mise en cause des cohéritiers a évidemment lieu par l'héritier demandeur; tandis que, dans le cas de la servitude, elle a lieu à la requête du défendeur, qui la réclame dans son intérêt et vis-à-vis de celui qui avait le droit de lui demander le total de la chose, puisqu'il n'en pouvait pas demander une partie seulement.

629. *Vice versa*, l'action peut être intentée contre chacun des copropriétaires du fonds assujetti, et, après la mort de celui à qui il appartenait en totalité, contre chacun de ses héritiers (art. 1225), sauf au défendeur à demander un délai pour mettre en cause ses copropriétaires. Néanmoins si le partage du fonds avait eu lieu, celui au lot duquel il serait échu, et qui serait assigné pour se voir condamner à reconnaître l'existence de la servitude et à en souffrir l'exercice, n'aurait pas cette faculté, de demander un délai pour mettre en cause ses ci-devant copropriétaires. (*Ibid.*)

630. L'action confessoire est une espèce de revendication (5) appliquée à une chose incorporelle, et qui a cela de particulier, qu'elle est ouverte non-seulement à celui qui n'est point en exercice du droit de servitude, mais encore à celui qui l'exerce réellement et qui est troublé dans sa jouissance (6); au lieu que lorsque la revendication a pour objet la restitution de la

(1) Dont il est parlé au § 2, INSTIT. *de Actionibus*, et ainsi nommée parce que le défendeur est assigné pour reconnaître et *confesser* l'existence de la servitude, pour avouer que son héritage est assujetti envers celui du demandeur. *Voyez* aussi le titre *si Servit. vindic.*, ff.

(2) Nos 473 et suivants.

(3) L. 2, § 2; L. 72, *princip.*, ff. *de Verb. oblig.*; et L. 4, § 3, ff. *si Servit. vindic.* Voyez *supra*, no 473.

(4) Voyez *supra*, nos 470 et 474, et L. 1, ff. *si Servit. vindic.*

(5) *Voyez* le titre *si Servit* VINDICETUR, *etc.*, ff.

(6) *Voyez* le § 2, aux INSTIT., titre *de Actionibus*.

chose quant à la propriété, l'action ne peut être ouverte à celui qui est en possession, quoiqu'il fût troublé dans sa jouissance ; car il ne pourrait demander la restitution de ce qu'il a déjà : il pourrait seulement exercer une action possessoire, la complainte, pour faire cesser le trouble dont il aurait à se plaindre.

631. Indépendamment de l'action confessoire, celui qui a un droit de servitude peut, mais sous certaines conditions et distinctions, intenter une action possessoire, s'il est troublé dans la jouissance de son droit. Toutefois cette action ne dérive pas du droit de servitude lui-même, mais bien du fait de possession ou exercice de ce droit : la servitude prétendue en est seulement la plupart du temps la cause occasionnelle.

632. D'abord, pour que l'action possessoire puisse avoir lieu avec succès, il faut le concours des circonstances suivantes :

1° Que celui qui prétend être en possession d'un droit de servitude exerce ce droit, par lui ou ses auteurs, depuis une année au moins (art. 23, Cod. de procéd.) ;

2° Que sa jouissance soit à titre de *droit*, et non précaire, ni violente, ni clandestine (1) (*ibid.*); mais la présomption de possession pour soi, et de possession paisible, serait en sa faveur, sauf preuve contraire (art. 2230, 2268) ;

3° L'action, pour être recevable, devrait être intentée dans l'année du trouble. (Même art. 23.)

633. Avec le concours de ces conditions, si la servitude est de nature à pouvoir s'acquérir par prescription, c'est-à-dire, si elle est tout à la fois continue et apparente (art. 690, 691 combinés), l'action possessoire peut être utilement intentée, et le juge de paix, qui en connaît (art. 3, Cod. de proc.), doit maintenir en jouissance celui qui exerce la servitude, et faire défense à l'autre partie de l'y troubler, sauf à celle-ci à se pourvoir au pétitoire, si elle prétend que le droit de servitude n'existe pas (2).

634. Le juge de paix compétent est celui de la situation de l'immeuble sur lequel s'exerce la servitude. (Même art. 3, Cod. de procéd.)

635. Mais lorsque la servitude n'est pas du nombre de celles qui peuvent s'acquérir par prescription, parce qu'elle est non apparente, ou discontinue, apparente ou non, n'importe, il n'y a point de jouissance qui puisse *seule* fonder l'action possessoire au profit de celui qui allègue cette jouissance ; son action serait non recevable ; et dans tous les cas où il serait attaqué par l'autre partie, comme troublant la jouissance de celle-ci, il devrait succomber au possessoire, sauf à lui à se pourvoir au pétitoire, s'il croyait avoir acquis le droit de servitude.

En effet, à quoi aboutirait la possession annale, lors même qu'elle serait avouée, puisque la possession trentenaire elle-même ne signifierait rien, qu'elle ne dispenserait pas de produire un titre constitutif de la servitude, selon le vœu des articles 690 et 691 précités ? Or, si l'action possessoire a pour objet de forcer l'adversaire à reconnaître et respecter la possession quand elle existe réellement, c'est parce qu'elle est un droit, une chose utile pour celui qui peut l'invoquer en sa faveur (3).

636. Il en serait de même à l'égard d'une servitude susceptible d'avoir pu s'acquérir avant le Code par prescription, dans le pays où elle s'exerçait, si depuis le Code elle n'a pu s'acquérir de cette manière : la complainte ou action possessoire ne serait point recevable en faveur de celui qui invoquerait la possession appliquée à une telle servitude, quoique la possession annale eût existé avant le Code, et qu'elle eût été continuée depuis (4). Il n'y a pas là d'effet rétroactif donné à l'article 691, car cette possession, quoique continuée sous le Code, ne pouvant conduire à l'acquisition de la servitude, ce n'est pas enlever un droit à celui qui l'a eue et qui l'a encore, puisqu'elle serait pour lui sans utilité réelle.

637. Enfin, lors même que la possession anté-

(1) Par rapport à l'adversaire ou à l'auteur de celui-ci : *ab Adversario*. Voyez *supra*, n° 587.

(2) *Voyez* les arrêts du 24 février 1808 (Sirey, 1808, I, 493) ; du 16 juin 1810 (Sirey, 1811, I, 164); et enfin du 1er mars 1815 (Sirey, 1815, I, 120).

(3) Telle est la jurisprudence: entre autres arrêts, *voyez* celui de cassation, du 28 février 1814. (Sirey, 1814, I, 124.)

(4) Arrêts de cassation du 13 août 1810 (Sirey, 1810, I, 138); du 3 octobre 1814 (Sirey, 1815, I, 145).

rieure au Code aurait été suffisante pour l'accomplissement de la prescription et l'acquisition du droit par ce moyen, le juge de paix ne serait pas davantage compétent pour connaître de l'action en complainte intentée par celui qui a eu cette possession, puisque, d'après les principes ci-dessus exposés, et que la cour suprême a constamment reconnus, la complainte, dans ce cas, ne pourrait avoir d'autre base que le droit acquis par la prescription, et qu'ainsi ce serait cumuler le pétitoire et le possessoire, contre la disposition formelle de la loi (art. 25, Cod. de procéd.). C'est ce que dit clairement l'arrêt du 3 octobre 1814 précité. Ce serait donc au tribunal de première instance à décider, sur le *pétitoire*, si la prescription était ou non déjà acquise lors de la promulgation de l'art. 691 ; et pour cela, la question de possession annale actuelle étant indifférente dans ses résultats, ne peut être soumise avec effet au juge du simple possessoire. Le propriétaire du fonds sur lequel est prétendue la servitude devrait toujours, en pareil cas, soit qu'il fût demandeur, soit qu'il fût défendeur, être maintenu dans la libre jouissance de son fonds, sauf à l'autre partie à se pourvoir au pétitoire, si elle croyait avoir acquis la servitude.

638. Mais lorsqu'à l'appui de la possession annale actuelle, alléguée en matière de servitude non susceptible de s'acquérir par prescription, celui qui peut l'invoquer en sa faveur, et qui est troublé, produit aussi un titre non précaire, la cour de cassation décide que sa complainte est recevable, et que le juge de paix est compétent pour discuter le mérite et l'application du titre, bien qu'il fût contesté (1) ; qu'appliquer le titre en pareil cas, ce n'est point cumuler le pétitoire et le possessoire (2).

639. Cela, selon nous, ne serait point applicable au cas où le titre produit serait sous signature privée, non reconnue ni tenue pour reconnue ; car alors ce titre n'en serait point un tant qu'il ne serait point déclaré émaner de celui à qui on l'opposerait, ou de son auteur (art. 1322 analysé). Et le juge de paix ne serait pas plus compétent, en pareil cas, pour faire procéder devant lui à la vérification, que ne le serait, en matière commerciale, un tribunal de commerce, qui doit, aux termes de l'art. 427 du Code de procédure, renvoyer, sur ce point, les parties devant le tribunal civil. Le titre n'étant point constant, et s'agissant d'une servitude non susceptible de s'acquérir par prescription, il y aurait lieu, comme lorsqu'il n'en est produit aucun, de déclarer l'action possessoire non recevable.

640. En principe, il en devrait même être ainsi toutes les fois que le titre produit est contesté sous d'autres rapports : comme sous celui du vice de précaire ; car le juge de paix n'est pas compétent pour juger une semblable question. Mais la jurisprudence, qui est contraire à cette doctrine, peut se justifier par l'avantage de prévenir, autant que possible, les difficultés mal fondées de la part de celui qui a fourni un titre réel ; d'autant mieux que tous ses droits lui demeurent réservés pour faire apprécier au pétitoire ce titre à sa juste valeur, si, en effet, le juge de paix l'a lui-même mal apprécié en en faisant le motif d'après lequel il a accueilli, comme recevable, l'action possessoire. Il peut d'ailleurs interjeter appel du jugement rendu par le juge de paix.

641. Mais quel sera l'effet de la maintenue en possession au profit de celui qui exerce la servitude sans titre, dans le cas où il s'agira de l'une de celles qui peuvent s'acquérir par prescription? L'affranchira-t-elle de l'obligation de prouver au pétitoire, s'il est ensuite attaqué par cette voie, qu'il a acquis le droit par titre ou par prescription, comme il serait affranchi de toute preuve s'il s'agissait de la propriété? Sera-t-il présumé avoir acquis la servitude, sauf preuve contraire ; ou cette possession n'engendrera-t-elle en sa faveur aucune présomption de droit?

Cette importante question, très-controversée

(1) *Voyez* l'arrêt du 17 mai 1820 (Sirey, 1820, I, 324) : la cour a dit qu'en tel cas, le juge de paix *est tenu* d'examiner le titre, et d'accueillir ou rejeter l'action possessoire, selon que le titre contesté fait ou ne fait pas cesser la présomption de précaire.

Mais, par un autre arrêt du même jour, elle a décidé que si, dans le cas dont il s'agit, le juge de paix peut renvoyer les parties à se pourvoir au pétitoire, *il n'y est cependant pas obligé*. Nous préférons cette dernière décision. (Sirey, *ibid.*)

(2) *Voyez* l'arrêt de la même cour, du 6 juillet 1812. (Sirey, 1813, I, 81)

anciennement (1), l'a encore été depuis la publication du Code (2).

Elle paraît cependant clairement décidée par la L. 8, § 3, ff. *si Servit. vindic.* Le jurisconsulte Ulpien, dans cette loi, se demande quelle est celle des deux parties qui doit remplir le rôle de défendeur, c'est-à-dire être affranchie de l'obligation de faire aucune preuve à l'appui de sa prétention ; car le défendeur n'a rien à prouver tant que son adversaire lui-même n'a point établi la sienne (3). Seulement si celui-ci a justifié de sa demande, le défendeur prouve son exception, s'il en invoque une, suivant la règle: *Reus excipiendo fit actor;* mais, encore une fois, tant que le demandeur n'a point prouvé l'existence de son droit, le défendeur, soit dans les actions réelles (4), soit dans les actions personnelles, n'a lui-même rien à prouver pour être renvoyé de la demande. Or, dans l'espèce de cette loi, où la contestation roule sur la servitude *tigni immittendi*, le jurisconsulte décide la question par une distinction. Il dit que si les poutres résident déjà dans le mur, en d'autres termes s'il y a déjà exercice du droit, *possession*, que le possesseur remplira simplement le rôle de défendeur, c'est-à-dire qu'il sera affranchi de l'obligation de faire la preuve de son droit de servitude ; que si, au contraire, les poutres ne reposent point encore dans le mur, celui qui prétend au droit de les y avoir, doit, soit en demandant, soit en défendant (ainsi que tous les bons interprètes ont toujours entendu ce texte), prouver que le droit de servitude existe réellement.

A quoi servirait, en effet, la possession, si celui qui l'a en sa faveur était ensuite obligé de prouver qu'il a acquis la servitude? L'adversaire serait sans doute forcé, pour détruire l'effet de la maintenue, de se pourvoir au pétitoire, d'intenter l'action appelée *négatoire;* mais, on le répète, si, sur cette action, celui qui a été reconnu possesseur du droit par le juge compétent pour connaître de la possession, et qui a été maintenu dans sa jouissance, doit prouver, par titre ou prescription, l'existence de ce droit, la possession n'a aucun effet qui ne puisse être ainsi rendu illusoire ; et dès lors on ne concevrait pas le motif qui aurait porté le législateur à expliquer avec tant de soin, aussi bien en matière de servitude qu'en matière de propriété (car la loi ne distingue pas), les conditions requises pour qu'on doive être déclaré possesseur. On peut, à la vérité, objecter qu'il y a une différence sensible entre la revendication appliquée à la propriété et la revendication d'un simple droit de servitude. Celui qui défend à l'action en revendication proprement dite n'est point obligé de dire, et encore moins de prouver, qu'il est propriétaire de l'objet revendiqué, ni comment il l'est devenu : il possède, cela suffit. C'est au demandeur à justifier lui-même de sa propriété, s'il est réellement propriétaire ; en sorte qu'il n'aurait encore rien fait en prouvant que le défendeur ne l'est point (5), puisqu'il ne résulterait pas de cette preuve qu'il l'est lui-même, condition cependant nécessaire pour que la chose doive lui être restituée. Tel est le grand avantage de la possession, et voilà pourquoi on se la dispute avec une ardeur qui va quelquefois jusqu'à la violence (6). Au lieu que lorsqu'il s'agit d'un droit de servitude, il ne suffit pas au défendeur qui l'exerce, de se renfermer dans un silence absolu, d'attendre que le demandeur ait lui-même fait sa preuve touchant la franchise de son fonds ; car les héritages étant de droit présumés libres, la preuve du demandeur est toute faite. Aussi est-il dit au § 2, Instit., *de Actionibus*, que, dans l'action négatoire, il y a cela de particulier, que le demandeur n'est point tenu de prouver sa prétention, de prouver que son héritage est libre ; au contraire, c'est au défendeur à prouver que cet héritage est assujetti envers le sien. Il serait incontestablement tenu de faire cette preuve s'il n'avait pas la possession annale, tandis que s'il s'agissait de la propriété du fonds, et qu'il fût en possession, quoique ce fût depuis moins d'une année, il n'aurait rien à prouver tant que le de-

(1) Brünemann, sur la L. 9, Cod. *de Servit. et aqua;* Mascardus, *de Probationibus*, n° 1306, la décidaient, ainsi que la Glose, en faveur du propriétaire du fonds prétendu assujetti. Heineccius, *Elementa juris*, n° 1137, tout en professant l'opinion contraire en principe, dit toutefois que l'autorité de la Glose l'a emporté dans la pratique.

(2) MM. Delvincourt et Pardessus décident que la possession fait présumer l'existence de la servitude, sauf preuve contraire. M. Toullier pense différemment.

(3) L. *ult.*, Cod. *de Rei vindic.;* L. 23, Cod. *de Prob.*

(4) Sauf ce que nous allons dire tout à l'heure au sujet de l'action *négatoire*, qui est cependant réelle.

(5) L. *ult.*, Cod. *de Rei vindic.*, précitée.

(6) *Voyez* tome précédent, n° 1034.

mandeur au pétitoire n'aurait pas lui-même fait sa preuve. Or, peut-on dire, la loi ne fait pas résulter la servitude de la simple possession annale ; elle n'a même nulle part attaché à cette possession la simple présomption d'existence de la servitude : elle est muette sur ce point ; par conséquent, la présomption contraire, celle que les héritages sont censés libres, exerce toute sa force nonobstant la possession.

On peut encore ajouter que ce serait imposer au maître du fonds assujetti l'obligation de prouver une négation, c'est-à-dire que son fonds ne doit pas la servitude : or une telle obligation répugne aux vrais principes, à raison de l'impossibilité de la remplir, du moins généralement (1).

Cependant tel n'est pas notre sentiment. Ce système rendrait sans effet réel l'avantage de la possession, et il est mille fois improbable que la loi ait été conçue dans cet esprit. L'art. 3 du Code de procédure, d'accord avec la loi du 24 août 1790, met dans les attributions des juges de paix les usurpations commises dans l'année sur les cours d'eau, et toutes les autres actions possessoires. Ce sont là des faits le plus souvent relatifs à la matière des servitudes ; et lorsque, au lieu d'être des actes mal fondés, ce sont des actes légitimes, ces actes ne sont rien autre chose que l'exercice d'un droit de servitude véritable ; mais puisque la loi veut que celui qui les a faits paisiblement à titre non précaire depuis une année au moins, et qui n'a pas cessé de les faire depuis plus d'un an (art. 23 Code de proc.), soit maintenu dans sa jouissance et possession, c'est bien certainement parce qu'elle présume qu'il avait le droit de les faire. Elle n'a donc pu vouloir n'attacher à la possession qui réunit tous ces caractères, qu'un effet momentané et pour ainsi dire illusoire, comme il le serait évidemment dans ce système.

Quant à l'objection tirée de ce qu'on réduit ainsi le demandeur sur le pétitoire, à l'obligation de prouver une négation, on y répond facilement. La négation, dans l'espèce, n'est point de celles qui ne tombent point en preuve ; car elle peut se transformer en affirmation d'un fait positif contraire à la prétention du défendeur ; par exemple, si le demandeur rapportait une pièce par laquelle celui-là a reconnu que ce n'était que par pure tolérance de la part de celui-ci qu'il a fait les actes de possession à raison desquels il a été maintenu au possessoire, pièce qu'alors le demandeur n'a point produite parce qu'elle était adirée, ou pour autre cause. D'ailleurs, comme le défendeur n'invoque aucun titre, il est clair que la servitude ne peut résulter que de la destination du père de famille, qui vaut titre, ou de la prescription. Or, dans beaucoup de cas, le demandeur ne serait point réduit à l'impossibilité de prouver que la prescription n'a pu avoir lieu : par exemple, s'il s'agissait d'une servitude de vue, il prouverait facilement que le bâtiment pour lequel on la réclame a moins de trente ans d'existence ; si c'était la destination du père de famille qu'invoquât le défendeur (que nous supposons toujours avoir la possession annale), le demandeur ne serait point non plus placé dans une impuissance de fait, de prouver que les conditions requises par la loi n'ont point été remplies.

642. Nous venons de dire que celui sur le fonds duquel un autre exerce mal à propos une servitude a l'action *négatoire* pour s'y opposer ; et s'il y a moins d'un an que la servitude s'exerce, ou s'il s'agit de l'une de celles qui ne peuvent s'acquérir sans titre, il peut intenter simplement l'action en complainte pour faire cesser le trouble, et se plaindre du nouvel œuvre, s'il y en a eu (2).

643. Celui qui a gagné au possessoire, mais qui a succombé au pétitoire, doit-il être aussi condamné aux dépens du possessoire ?

Le possessoire et le pétitoire sont deux instances différentes ; ils ne doivent pas être cumulés. On a pu avoir raison de défendre ou d'attaquer au possessoire, parce qu'on avait la possession, et tort d'avoir défendu ou attaqué au pétitoire, parce qu'on n'avait pas le droit : dès lors, les

(1) L. 23, Cod. *de Probat.*, ci-dessus citée.

(2) *Voyez*, au sujet de l'action appelée *dénonciation de nouvel œuvre* (*novi operis nunciatio*), dont il est fréquemment fait mention dans nos anciens auteurs, et même dans la pratique, mais dont nos Codes modernes ne parlent pas, *voyez*, dis-je, la *Compétence des juges de paix*, par M. Henrion de Pansey, pages 386 et suiv.

dépens du possessoire ne doivent pas être adjugés, au pétitoire, à celui qui a succombé dans la première instance, quoiqu'il ait triomphé dans l'autre, sauf à lui à réclamer des dommages-intérêts, s'il y a lieu, et qui pourront compenser le montant des dépens auxquels il a pu être condamné.

644. Non-seulement il y a lieu d'interjeter appel du jugement rendu au pétitoire, quelque peu importante que fût la servitude prétendue (1), parce que la valeur en est indéterminée; mais on peut aussi interjeter appel du jugement rendu au possessoire.

L'appel se porte au tribunal de première instance.

645. Et il y aurait également lieu à appel du jugement rendu au possessoire, encore que le demandeur eût aussi conclu à des dommages-intérêts pour une somme n'excédant pas 50 francs. Ce point, si longtemps et si vivement controversé, jugé même si souvent en sens contraire par la cour suprême elle-même, ne fait plus de doute aujourd'hui (2). Les juges de paix, il est vrai, jugent en dernier ressort jusqu'à concurrence de 50 francs inclusivement, d'après la loi du 24 août 1790 précitée; mais l'objet de la complainte, la maintenue en possession, la possession controversée entre les parties, n'est pas moins d'une valeur indéterminée, quoique à cette complainte on ait joint une demande en dommages-intérêts qui n'excède pas cette somme. L'addition de cette demande à l'action possessoire ne peut évidemment qu'augmenter la valeur du litige, et circonscrire davantage la compétence du juge de paix en ce qui touche le point de savoir s'il doit juger en dernier ou bien en premier ressort seulement.

646. Il en serait autrement, sans doute, si la propriété du fonds sur lequel a été commis le trouble, ainsi que la possession annale, n'étaient pas contestées par le défendeur, et que la demande en dommages-intérêts n'excédât pas 50 fr.: alors le juge de paix devrait juger en dernier ressort, comme l'a très-bien décidé la cour suprême par deux arrêts de cassation du 15 décembre 1824 (3). Mais toutes les fois que la propriété du fonds et même la simple possession annale, sont contestées par le défendeur, la demande en dommages-intérêts pour le préjudice souffert par le nouvel œuvre, ou pour le simple exercice d'une servitude sans nouvel œuvre, devient indifférente sous le rapport dont il s'agit, quand bien même le demandeur ne conclurait pas nommément à la destruction de certains travaux, mais à la simple cessation du trouble.

SECTION VIII.

DE QUELLES MANIÈRES S'ÉTEIGNENT LES SERVITUDES.

SOMMAIRE.

647. *Manières générales dont s'éteignent les servitudes, division de la section.*

§ Ier.

Extinction des servitudes par la remise qui en est faite.

648. *Une servitude s'éteint par la remise qui en est faite par le propriétaire capable à cet effet.*

649. *La remise faite à l'un des copropriétaires du fonds dominant, sans l'aveu des autres, ne leur nuit point; mais elle peut toujours être opposée à celui qui l'a faite.*

650. *La remise faite par l'un des copropriétaires du fonds assujetti affranchit sa portion, et même tout le fonds, s'il vient à lui échoir en totalité.*

651. *La remise peut être expresse ou tacite: exemple d'une remise tacite.*

652. *La remise d'une servitude n'entraine pas celle d'une autre: exemple.*

(1) A moins toutefois que le fonds sur lequel elle serait réclamée ne fût lui-même l'objet d'une décision en dernier ressort, parce qu'il ne serait pas d'une valeur de plus de 1,000 fr., représentée par plus de 50 fr. de revenu *par prix du bail ou de rente* (lois du 24 août 1790, tit. IV, art. 5, et du 27 ventôse an VIII, art. 7): car alors la question de servitude devrait être jugée aussi en dernier ressort. En effet, bien qu'une servitude soit quelque chose d'indéterminé dans sa valeur, néanmoins dans l'hypothèse, elle est au moins déterminée au-dessous de 1,000 fr.; car il serait absurde de dire qu'elle peut valoir plus que le fonds assujetti lui-même. Or, jusqu'à cette somme, les tribunaux de première instance jugent en dernier ressort.

(2) *Voyez* l'arrêt du 22 mai 1823, rendu sections réunies. (Sirey, 1822, I, 375.)

(3) Sirey, 1825, I, 215.

653. *La remise d'une servitude établie au profit d'un fonds hypothéqué ne nuit point aux créanciers hypothécaires.*

§ II.

Extinction des servitudes par suite de changements survenus dans l'état des fonds.

654. *Les servitudes cessent quand les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user.*
655. *Elles revivent si les choses sont rétablies de manière à ce qu'on puisse user du droit, pourvu que ce soit avant trente ans.*
656. *Il en est autrement de l'usufruit; une fois éteint par la perte totale de la chose, il ne revit plus : raison de la différence.*
657. *La perte de la partie seulement sur laquelle s'exerçait la servitude peut, suivant les circonstances, entraîner l'extinction absolue du droit.*

§ III.

Extinction des servitudes par la confusion.

658. *La réunion des deux fonds dans la même main opère confusion et extinction de la servitude.*
659. *Conséquence.*
660. *Espèce traitée dans la L.* 31, *ff.* de Servit. præd. rust., *où il n'y a pas eu confusion quoiqu'il y ait eu réunion.*
661. *Suite.*
662. *Il n'y a pas non plus confusion lorsque j'acquiers une portion par indivis d'un fonds qui doit une servitude à celui que je possède en propre;*
663. *Ni dans le cas où vous et moi achetons en commun un fonds qui en doit une à chacun de nous en particulier.*
664. Secus *si la servitude eût été due à un fonds que nous avions aussi en commun, pour des parts semblables à celles que nous avons dans le nouveau.*
665. *L'acquisition, par le propriétaire de l'héritage dominant, de la partie du fonds assujetti sur laquelle s'exerce la servitude, en opère aussi l'extinction.*
666. *Pour que la confusion opère irrévocablement l'extinction de la servitude, il faut que la réunion résulte d'une acquisition irrévocable de la propriété du fonds dominant ou assujetti.*
667. *Ainsi, dans le cas du délaissement par hypothèque, la servitude revit.*
668. *Il en est de même dans celui de réméré;*
669. *Ou d'une donation révoquée;*
670. *A l'égard aussi de la servitude qui existait entre l'immeuble d'un testateur qui l'a légué sous condition suspensive, et le fonds de l'héritier, si la condition vient à s'accomplir;*
671. *Et dans tous les cas de restitution en entier, d'annulation ou de rescision du contrat d'acquisition de l'un des immeubles.*

§ IV.

Extinction de la servitude par la résolution du droit de celui qui l'a concédée.

672. *Celui qui n'avait qu'un droit de propriété temporaire, résoluble, révocable, rescindable, n'a pu constituer une servitude qu'affectée des mêmes chances de résolution.*
673. *Exemple tiré de celle qui a été établie par un emphytéote, ou par un grevé de substitution;*
674. *Ou par un acquéreur à réméré, ou dont l'acquisition est rescindée pour cause de lésion;*
675. *Ou par un donataire dont le titre a été révoqué;*
676. *Ou lorsque le contrat du constituant a été rescindé ou annulé pour incapacité ou autre cause.*
677. *La règle :* Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipentis, *ne s'applique point au cas où c'est celui qui a concédé la servitude qui a obtenu l'annulation de son titre de propriété;*
678. *Ni aux cas prévus aux articles* 132 *et* 133 *du Code.*
679. *Si c'est le droit de propriété de celui à qui la servitude a été concédée, qui vient à se résoudre, avant que la servitude soit acquise au fonds par l'usage, le propriétaire qui rentre dans le fonds ne peut la réclamer.*

§ V.

Extinction de la servitude par l'arrivée du jour ou de l'événement qui doit, d'après le titre, mettre fin à son exercice.

680. *Si la servitude a été établie sous telle ou telle modalité, ainsi qu'elle a pu l'être, elle prend fin par l'arrivée de l'événement prévu dans le titre, même dans les principes du droit romain.*
681. *Suite.*

§ VI.

Extinction des servitudes par le non-usage.

682. *Les servitudes s'éteignent par le non-usage pendant trente ans.*
683. *C'est là une prescription ordinaire : conséquences.*
684. *A partir de quelle époque commencent à courir les trente ans à l'égard des servitudes discontinues;*
685. *Et à l'égard des servitudes continues.*
686. *Distinction du droit romain, relativement au doublement du temps requis, dans certains cas, que nous n'avons point du tout admise.*
687. *Le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude elle-même, et de la même manière; renvoi quant à la question de savoir si le nouveau mode a pu s'acquérir par prescription.*
688. *Tant que l'héritage dominant n'est pas divisé, la jouissance de l'un des propriétaires, ou sa qualité de mineur, empêche la prescription de courir contre les autres.*
689. *Après le partage, chacun doit conserver son droit pour sa part.*
690. *Et après la division du fonds assujetti, les parts sur lesquelles la servitude ne serait point exercée en seraient affranchies par la prescription.*
691. *Le tiers acquéreur de bonne foi prescrit, par dix ans entre présents et vingt ans entre absents, la propriété pleine de l'immeuble, même à l'égard de la servitude qui n'a point été exercée pendant ce laps de temps; mais il doit remplir aussi les conditions de la prescription vis-à-vis du maître de l'héritage dominant.*

647. Les servitudes prennent fin,

1° Par la remise;

2° Lorsque les choses sont dans un état tel que la servitude ne peut plus s'exercer;

3° Par la confusion, ou la réunion des deux héritages dans la même main;

4° Généralement, par la résolution du droit de celui qui a concédé la servitude, et même de celui à qui elle a été concédée;

5° Par l'événement de la condition, ou autre fait prévu;

6° Et par le non-usage pendant le temps requis par la loi.

Ce sera l'objet des six paragraphes suivants, par lesquels nous terminerons l'explication de l'importante matière des servitudes, et du second livre du Code.

§ Ier.

Extinction des servitudes par la remise qui en est faite.

648. Les servitudes s'éteignent par la remise qui en est faite par le propriétaire, capable de disposer de ses droits.

649. Si le fonds dominant appartient à plusieurs par indivis, la remise faite par l'un d'eux seulement, sans le consentement des autres, ne nuit point à ceux-ci, par la raison que l'un des associés ne peut nuire à la chose commune (1). En sorte que, sous ce rapport, la servitude existe encore, parce qu'étant une chose indivisible, elle ne peut pas plus être remise pour partie que constituée pour partie (2). Mais le propriétaire de l'héritage assujetti pourra toujours opposer la remise à celui qui la lui a faite (3); tellement que si le fonds vient à être adjugé à celui-ci sur licitation ou autrement, la servitude alors serait tout à fait éteinte; et si le fonds vient à être partagé, il ne pourra l'exercer pour la part qui tombera dans son lot, de même que si la remise avait eu lieu après le partage, cas dans lequel évidemment cette part, qui forme maintenant un nouveau fonds (4), n'aurait plus à prétendre à la servitude.

650. En sens inverse, si le fonds assujetti venait à être divisé, et que la servitude fût ensuite remise à l'un des copartageants, sa part en serait affranchie (5). Si ce fonds appartenait à plusieurs

(1) L. 34, ff. *de Servit. præd. rust.* Voyez *supra*, n° 468.

(2) Même loi 34.

(3) Argument de la L. 11, ff. *de Serv. præd. rustic.*, qui décide que lorsque l'un des copropriétaires d'un fonds a concédé une servitude sans le consentement des autres, la servitude, à la vérité, n'existe pas, parce qu'elle ne peut être établie pour partie, mais que celui qui l'a consentie peut être écarté par l'exception de dol, s'il veut s'opposer à ce que le voisin fasse ce qu'il lui a permis de faire. Par une raison au moins égale, il en doit être de même quand il s'agit de la remise, qui est plus digne de faveur.

(4) L. 6, § 1, ff. *Quemad. servit. amitt.*; argument de la L. 6, § 1, ff. *Communia servit. tam urb. quam rust.* Voet, sur ce titre.

(5) L. 6, ff. *de Servit.*; Voet, *loco præcitato*.

par indivis au moment de la remise faite à l'un d'eux seulement par le propriétaire unique du fonds dominant, et qu'il vînt à appartenir ensuite en totalité à celui à qui la remise a été faite, la servitude serait éteinte absolument, surtout si c'était sur partage ou licitation qu'il eût obtenu les parts de ses copropriétaires, parce qu'alors, aux termes de l'article 883, il serait censé avoir été seul propriétaire dès le principe, et par conséquent la remise s'appliquerait à tout le fonds. Durant même l'indivision, elle produirait effet au profit des autres copropriétaires, si elle avait eu lieu à titre onéreux, sans réserve à l'égard de ces derniers : celui qui l'aurait stipulée serait censé en avoir fait la condition de la stipulation qu'il a faite pour lui-même, conformément à l'article 1121 et à ce que nous avons dit plus haut, nº 467, pour le cas où l'un des copropriétaires stipule seul une servitude au profit du fonds commun ; car s'il peut l'améliorer par la stipulation d'une servitude, ainsi que le décide Voet (1) dans les principes du droit moderne, à plus forte raison peut-il aussi l'améliorer par l'affranchissement d'une servitude qui le grève. Mais la remise peut avoir eu lieu par testament ou autre acte à titre purement gratuit, et uniquement en faveur de celui qui a été dénommé dans l'acte ; elle peut même n'avoir eu lieu par acte à titre onéreux, qu'avec réserve de tous droits à l'égard des autres copropriétaires; et à ces cas s'applique ce qui vient d'être dit.

651. La remise peut être expresse ou tacite.

Expresse, elle se règle par l'acte qui la contient et qui en détermine les conditions et les effets ;

Tacite, lorsque le propriétaire du fonds dominant a autorisé le maître du fonds assujetti à faire quelque chose qui est un obstacle, non passager (2), mais perpétuel à l'exercice de la servitude : par exemple, lorsqu'ayant le droit de faire écouler mes eaux sur votre terrain, ou un droit de passage, je vous autorise à bâtir sur l'endroit même où s'exerce la servitude (3). Mais ce que je fais moi-même sur mon fonds, et qui est contraire à la servitude, n'en fait présumer la remise qu'après trente ans, à moins que quelques autres circonstances n'indiquassent clairement qu'il y a eu renonciation, abandon du droit ; car le non-usage doit avoir cette durée pour que la servitude soit éteinte. (Art. 707) (4).

652. Si j'avais tout à la fois sur votre bâtiment la servitude *altius non tollendi* et celle d'égout de mon toit, la simple autorisation que je vous accorderais d'élever davantage votre bâtiment n'entraînerait pas remise de la servitude d'égout ; vous ne pourriez toujours élever votre maison qu'à une hauteur qui ne ferait point obstacle à l'écoulement des eaux de mon toit (5).

653. La remise de la servitude établie au profit d'un fonds hypothéqué, sans l'assentiment des créanciers hypothécaires, ne peut pas nuire à leur droit. Il faudrait même le décider ainsi, encore que la servitude n'eût été établie que depuis les constitutions d'hypothèques, car le droit hypothécaire s'est étendu à cette amélioration de l'héritage. (Art. 2133.)

§ II.

Extinction des servitudes par suite de changements survenus dans l'état des fonds.

654. Puisqu'il faut deux héritages pour qu'une servitude puisse exister, il s'ensuit que dès que l'un des fonds vient à périr, la servitude est éteinte. C'est ce que porte l'art. 703 (6) en ces termes : « Les servitudes cessent lorsque les « choses se trouvent en tel état qu'on ne peut « plus en user. »

Tel serait le cas où le débordement d'un fleuve aurait détruit l'un des deux fonds, celui où la source qui était grevée d'un droit de puisage serait venue à se tarir tout à fait, ou bien que la maison au profit de laquelle existait un droit de vue a été démolie, incendiée, etc.

655. Mais, suivant l'art. 704 (7), la servitude

(1) Tit. *Comm. servit. præd. tam urb. quam rust.*, nºs 9 et 10.

(2) Si ce n'était qu'un obstacle passager, il n'y aurait pas lieu d'en induire remise de la servitude. L. 17, ff. *Commun. servit. præd. tam urb. quam rust.*; ce serait là un simple précaire.

(3) L. 8, ff. *Quemad. servit. amitt.*

(4) Code de Hollande, art. 733.

(5) L. 21, ff. *de Servit. præd. urb.*

(6) Code de Hollande, art. 730.

(7) Ibid, art. 732.

revit « si les choses sont rétablies de manière « qu'on puisse en user ; à moins qu'il ne se soit « déjà écoulé un espace de temps suffisant pour « faire présumer l'extinction de la servitude, « ainsi qu'il est dit à l'art. 707 ; » c'est-à-dire, à moins qu'il ne se soit écoulé trente ans sans jouissance du droit.

Ainsi, dans le cas où une maison au profit de laquelle existait un droit de servitude vient à être démolie, ou détruite par force majeure, la servitude renaît (1) si l'on reconstruit la maison avant trente ans. L'art. 665 porte une semblable disposition en disant : « Lorsqu'on reconstruit « un mur mitoyen ou une maison, les servitudes « actives et passives se continuent à l'égard du « nouveau mur ou de la nouvelle maison, sans « toutefois qu'elles puissent être aggravées, et « pourvu que la reconstruction se fasse avant « que la prescription soit acquise. »

656. C'est une notable différence d'avec le droit d'usufruit, qui est définitivement éteint par la destruction du bâtiment sur lequel il résidait, quand bien même un autre édifice serait reconstruit de suite à la même place et en tout point semblable au premier (2). L'art. 624 ne dit pas, en effet, comme l'art. 665, que le droit revit si le bâtiment vient à être rétabli ; il prononce l'extinction pure et simple de l'usufruit par suite de la destruction de l'édifice.

Cette différence est puisée dans les principes du droit romain sur l'une et l'autre matière.

D'après la L. 10, § 1, ff. *Quibus modis ususfr. amittitur*, l'usufruit établi sur une maison s'éteint absolument par la démolition de la maison, quand bien même elle serait ensuite rétablie.

Au lieu que suivant la L. 20, § 2, ff. *de Servit. præd. urb.*, la servitude éteinte par la destruction de la maison renaît par son rétablissement, pourvu que le nouveau bâtiment soit de la même sorte et à la même place : *Ut idem intelligatur.*

Mais cela n'a été admis que par faveur, par motif d'utilité, et non d'après la pureté des principes : *Si sublatum sit ædificium, ex quo* STILLICIDIUM *cadit, ut eadem specie et qualitate reponatur*, UTILITAS *exigit ut idem intelligatur : nam alioquin, si quid strictius interpretetur, aliud est quod sequenti loco ponitur. Et ideo, sublato ædificio*, USUSFRUCTUS *interit, quamvis area pars est ædificii.*

La substance de la chose qui était l'objet de l'usufruit a réellement été éteinte, et la reconstruction du bâtiment serait réellement une autre chose ; tandis que, pour les servitudes qui sont seulement des qualités actives et passives des héritages (3), on a cru devoir considérer fictivement la nouvelle maison comme la première : elle la remplace.

657. La perte de la partie seulement sur laquelle s'exerçait la servitude pourrait, suivant les circonstances, ou restreindre le mode de son exercice, ou donner simplement lieu à en changer la place, ou même entraîner l'extinction de la servitude, sauf son rétablissement, si les choses étaient elles-mêmes rétablies dans les trente ans : cela dépendrait des termes dans lesquels la constitution a été conçue; car si le lieu de l'exercice de la servitude avait été bien marqué et limité dans le titre, le droit ne résiderait que sur cette partie du fonds (4) ; et si elle venait à être détruite, la servitude elle-même serait éteinte.

§ III.

Extinction de la servitude par la confusion.

658. Comme on ne peut avoir de servitude sur son propre fonds, il y a extinction de celle qui existe lorsque les deux héritages se trouvent réunis dans la même main (art. 705) (5). Il se fait confusion de droits.

Il n'y a aucune différence, à cet égard, entre le cas où c'est le maître du fonds dominant qui acquiert le fonds assujetti, et le cas inverse.

Mais il faut, comme nous allons le dire avec plus de développements, que l'acquisition soit

(1) La L. 20, § 2, ff. *de Servit. præd. urb.*, décide également que si la maison est rétablie, la servitude renaîtra ; mais il faut pour cela que les choses soient remises dans le même état qu'auparavant.

(2) *Voyez* tome précédent, nº 1490.

(3) L. 86, ff. *de Verb. signif.* Voyez *supra*, nº 475.

(4) *Ad certam partem fundi tam remitti, quam constitui potest.* L. 6, ff. *de Servit.*; par la même raison, on peut ne l'établir que sur telle partie du fonds assujetti. *Voyez* aussi la L. 6, § 1, ff. *Quemad. servit. amitt.*, qui parle du cas où le lieu de l'exercice de la servitude de passage a été déterminé, et qui donne pour ce cas une solution différente que pour celui où la servitude règne indistinctement sur tout le fonds.

(5) Code de Hollande, art. 753.

de la totalité du fonds, ou au moins de la partie pour laquelle ou sur laquelle a été établie la servitude; car la L. 6, ff. *de Servit.*, déjà citée plusieurs fois, dit positivement qu'on peut acquérir la servitude pour une partie déterminée du fonds : *ad certam partem fundi*, c'est-à-dire pour tel ou tel côté seulement. Par conséquent, si le propriétaire du fonds dominant acquiert cette partie, la confusion est complète, comme s'il eût acquis tout le fonds.

659. Du principe que la réunion des deux fonds dans la même main fait cesser la servitude, il suit que si j'achète l'héritage sur lequel j'en exerce une, et que je le revende ensuite, il passera libre à l'acquéreur (1), à moins que je ne fasse des réserves à cet égard, ou à moins que, lors de la revente, le signe de cette servitude (ou de toute autre) ne subsiste encore; auquel cas, s'il n'y a pas de clause contraire dans l'acte, la servitude existera en faveur du fonds revendu, comme elle existerait en faveur de celui que j'ai conservé, si c'eût été à son profit qu'elle eût été établie, conformément à l'art. 694 et à ce que nous avons dit nos 570 et suivants.

660. Trois fonds contigus appartiennent à divers maîtres, et le propriétaire de celui qui est inférieur stipule une prise d'eau du propriétaire supérieur, par le moyen d'un canal pratiqué sur le fonds intermédiaire, dont le propriétaire consent à l'exercice de la servitude. Ensuite, le maître du fonds inférieur achète l'héritage supérieur, et puis vend le premier de ces fonds : Julien, dans la loi 31, ff. *de Servit. præd. rust.*, se demande s'il n'y a pas eu confusion, et par conséquent extinction de la servitude. Mais il décide la question par la négative, attendu que le fonds intermédiaire, également grevé, appartenait à un tiers à l'époque où les deux autres étaient dans la même main, et a fait ainsi obstacle à la confusion en conservant sur lui la servitude.

661. Il en serait de même, dans l'espèce, si, au lieu de supposer que les trois fonds appartenaient d'abord à différents maîtres, on supposait que l'intermédiaire et le supérieur étaient au même : l'acquisition que le maître du fonds inférieur ferait du supérieur n'opérerait point confusion, la servitude continuant sur le fonds intermédiaire; et par conséquent l'aliénation qu'il ferait ensuite du fonds inférieur, sans aucune mention contraire à son maintien, donnerait à l'acquéreur le droit d'en jouir, comme il en jouirait lui-même si c'était le fonds supérieur qu'il eût aliéné : parce que, dans l'un comme dans l'autre cas, elle aurait continué de résider sur le fonds intermédiaire. C'est ce que décide clairement Javolenus dans la L. 15, ff. *Quemadm. servit. amitt.*, où il suppose qu'un droit de passage a été établi par trois fonds appartenant à trois différents maîtres, et que le propriétaire dominant acquiert celui du milieu : La servitude, dit-il, continue de subsister sur les deux autres fonds, attendu qu'elle n'est éteinte par confusion que dans les seuls cas où on ne peut plus en user comme d'une servitude, c'est-à-dire d'après la règle : *Res sua nemini servit*, lorsqu'on devient aussi propriétaire de tous les fonds qui la doivent : *Toties servitus confunditur, quoties uti ea is ad quem pertinet non potest.*

Et, en effet, suivant la L. 18, ff. *de Servit. præd. rust.*, la servitude de passage par plusieurs fonds (et il en serait de même de celle de conduite d'eau) ne forme qu'une seule servitude (2); dès lors s'applique le double principe : *Servitus pro parte amitti nequit* (3); *pro parte servitus retineri potest* (4). Donc, en conservant la servitude sur un fonds, on l'a conservée sur les autres, puisqu'elle est indivisible.

662. Voilà pourquoi, lorsque j'acquiers une partie par indivis du fonds qui m'en doit une, ou auquel j'en dois une moi même, par exemple, la moitié, il n'y a point confusion (5), *quia pro*

(1) L. 30, *princip.*, ff. *de Servit. præd. urb.*

(2) Nous croyons néanmoins que cela n'est vrai que dans le cas où ces divers fonds appartenaient au même constituant. C'est ce que nous avons déjà fait entendre précédemment, n° 186; et Ulpien, dans cette loi 18, ne suppose pas, comme Julien dans la loi 31 au même titre, précitée, que les divers fonds assujettis appartiennent à différents maîtres; circonstance, au surplus, qui n'a point empêché Julien de décider que la confusion, dans l'espèce qu'il traite, ne s'est point opérée; qu'il aurait fallu, pour cela, la réunion des trois fonds dans la même main.

(3) L. 11, ff. *de Servit.*; L. 10, *princip.*, ff. *Quemadm. servit. amitt.*; art. 709 et 710.

(4) L. 8, § 1, ff. *de Servit.*; L. 30, § 1, ff. *de Servit præd. urban.*

(5) Même L. 30, § 1, ff. *de Servit præd. urb.*

parte servitus retinetur, non pas sans doute en ce sens, que l'on retient une partie de la servitude en elle-même, et abstraction faite du fonds, car cela ne serait pas possible, mais en ce sens que la servitude continue de subsister, et que l'on y a intellectuellement un droit proportionné aux parts que l'on a respectivement dans les divers fonds auxquels elle s'applique.

663. Il n'y aurait pas non plus confusion et extinction de la servitude dans le cas où vous et moi achèterions en commun le fonds qui en doit une à l'héritage particulier de chacun de nous, attendu que rien n'empêche qu'un fonds commun à deux, ou à un plus grand nombre, ne soit assujetti envers un fonds qui est propre à l'un des associés seulement (1). Ainsi, lorsque je deviens héritier pour partie de celui dont le fonds doit au mien une servitude, je conserve mon droit sur le fonds de la succession, tant que, par le partage des biens ou par l'effet d'une licitation, ou autrement, je n'en deviendrai pas seul propriétaire.

664. Au lieu que si nous achetions en commun le fonds qui doit une servitude à celui que nous avons aussi en commun, il y aurait confusion absolue et extinction de la servitude (2). Il faudrait toutefois, pour cela, que nos parts fussent les mêmes dans l'un et l'autre fonds ; car si vous n'aviez que le quart, par exemple, dans celui qui est assujetti, et les trois quarts dans l'autre, il est clair que vous auriez intérêt au maintien de la servitude, et elle continuerait, en effet, de subsister avec des avantages proportionnés à vos droits dans l'un et l'autre héritage.

665. Au surplus, comme nous l'avons dit, dans le cas où le mode d'exercice de la servitude aurait été déterminé sur telle partie du fonds assujetti, comme dans celle de passage, de puisage, de conduite d'eau, et que le propriétaire du fonds dominant se rendrait acquéreur de cette partie (*pro regione, pro diviso*) la confusion serait complète, et la servitude entièrement éteinte. De même, si la servitude était seulement établie pour une partie du fonds dominant, *ad certam partem fundi*, comme dit la L. 6, ff. *de Servitut.*, l'acquisition que ferait de cette partie le maître du fonds assujetti opérerait l'extinction absolue de la servitude.

666. Mais pour que la confusion opère l'affranchissement du fonds asservi, il est nécessaire que la réunion résulte d'une translation irrévocable et incommutable de la propriété du fonds acquis : autrement, si l'acquisition est révoquée, annulée, ou rescindée par quelque cause que ce soit ; en un mot, si son effet est détruit, celui de la confusion l'est pareillement, et la servitude qui avait été éteinte renaît aussitôt telle qu'elle était auparavant.

667. Tel est le cas où le propriétaire de l'un des héritages entre lesquels existe la servitude, se rend acquéreur de l'autre, et fait ensuite le délaissement aux créanciers hypothécaires, ou est vaincu par une surenchère : la servitude éteinte par la confusion renaît au profit de son fonds ou sur son fonds, comme elle existait avant la réunion. (Art. 2177) (3).

668. Il en est de même si c'est par suite de l'action en réméré, exercée dans le délai convenu (4), ou de l'action en rescision pour vilité du prix, qu'il restitue l'immeuble, encore bien que, dans ce dernier cas, il eût pu le conserver, en payant un supplément de prix. (Article 1681) (5).

669. La même décision est applicable aux cas aussi de donation révoquée pour survenance d'enfants ou inexécution des charges, ou par l'effet de la stipulation du droit de retour, ou l'accomplissement de toute autre condition résolutoire.

670. Mais si la donation ou toute autre aliénation a eu lieu sous une condition suspensive,

(1) L. 27, ff. *de Servit. præd. rust.*

(2) Même loi 27, ff *de Servit. præd. rust.*

(3) Code de Hollande, art. 1250.

(4) Car après ce serait une véritable revente, soumise à de nouveaux droits de mutation, et l'immeuble ne reviendrait au premier vendeur qu'affecté de toutes les charges dont l'aurait grevé l'acquéreur à réméré, vendeur à son tour. La confusion de la servitude aurait donc eu lieu.

(5) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

la confusion ne s'étant point encore opérée tant que la condition n'était pas accomplie, il n'y a pas lieu jusque-là d'en rescinder les effets et de faire revivre la servitude, puisqu'elle n'a point été éteinte.

Il en est autrement du cas où un testateur ayant une servitude sur un fonds appartenant à son héritier, lègue, sous une condition suspensive, son héritage à un tiers, et que la condition vient à s'accomplir : dans l'intervalle qui s'est écoulé depuis la mort du testateur jusqu'à l'accomplissement de la condition, le fonds de l'héritier était affranchi de la servitude, parce que cet héritier était propriétaire aussi de l'héritage dominant (1). Mais il y a lieu à la rétablir par suite de la résolution de la propriété de l'héritier en faveur du légataire, opérée par l'événement de la condition du legs.

Il en serait de même, *vice versa*, si la servitude avait été établie au profit du fonds de l'héritier sur celui du défunt : il y a parité de raison. Le testateur n'a entendu le léguer que tel qu'il était dans sa main (2).

671. Si le contrat d'acquisition de l'un des fonds est rescindé ou annulé pour cause de minorité, interdiction ou autre incapacité de la part de celui qui avait aliéné, la restitution est *in integrum*, et par conséquent les choses de part et d'autre sont remises aussi au même état qu'auparavant : la servitude revit, comme elle revivrait également si le contrat était annulé pour dol, erreur, violence ou autre cause ; comme elle revivrait enfin, si un héritier se faisait, en vertu de l'art. 783 (3), relever de son acceptation (4), qui avait opéré l'extinction de celle qui existait entre son immeuble et celui du défunt. On multiplierait encore facilement les exemples ; mais ceux que nous venons de donner suffisent.

§ IV.

Extinction de la servitude par la résolution du droit de celui qui l'a concédée.

672. D'après la maxime *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, et qui est consacrée par l'art. 2125 relativement aux hypothèques, parce qu'en effet : *Nemo plus juris in alium transferre potest quàm ipse habet* (5), la servitude concédée par celui qui n'avait sur l'immeuble qu'il a assujetti qu'un droit de propriété temporaire, résoluble, révocable, rescindable, ou sujet à annulation, cesse avec le droit du constituant, à la différence du cas où son droit prend seulement fin par la disposition qu'il en a faite, par l'aliénation du fonds ; car alors, loin que la servitude prenne fin aussi, elle suit l'immeuble en toute main, contre tout détenteur quelconque (6).

673. Ainsi la servitude établie par l'emphytéote, dont le droit de *propriété* (7) n'était que *temporaire*, cesse avec l'emphytéose, suivant ce qui a été dit plus haut, n° 550.

Il en est de même des servitudes imposées sur les biens grevés de substitution par le grevé, dans le cas où la substitution vient à s'ouvrir, et que les appelés ne sont point héritiers purs et simples du grevé.

674. Ainsi encore, la servitude établie par l'acquéreur à réméré, ou par tout autre acquéreur sous condition résolutoire (8), s'évanouit par suite de l'exercice du réméré (art. 1673), ou de l'événement prévu. (Art. 1183.)

675. Il en est de même de celle qui a été établie par un donataire dont le droit est révoqué pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles la donation a été faite (art. 954), ou pour survenance d'enfants (art. 953), ou par l'effet de la stipulation du droit de retour (art. 952), ou même enfin pour cause d'ingratitude, si toutefois, dans ce dernier cas, la servitude n'a été établie que depuis l'inscription qui aurait été faite de l'extrait de la demande en révocation, en marge de la transcription de l'acte de donation. (Art. 958.)

676. Enfin, dans tous les cas où le contrat

(1) L. 12, § 2, ff. *Famil. ercis.*; L. 66, ff. *de Rei vindic.*

(2) *Voyez* L. 18, ff. *de Servitut.*

(3) Code de Hollande, art. 1099.

(4) Pure et simple, car celle qui a lieu sous bénéfice d'inventaire n'opère point confusion. (Art. 803.)

(5) L. 54, ff. *de Regul. juris.* Voyez *supra*, n° 545.

(6) L. 12, ff. *Comm. præd. tam urb. quam rust.* Voyez *supra*, n° 476.

(7) *Moins pleine. Voyez* tome précédent, n° 1076.

(8) Car la stipulation du réméré n'est rien autre chose qu'une condition résolutoire, mais *potestative* de la part du vendeur.

d'acquisition de celui qui a imposé la servitude vient à être rescindé pour minorité, interdiction ou autre incapacité dans celui qui avait aliéné, ou bien pour dol, erreur, violence ou lésion, ou pour vice de formes, la servitude s'évanouit, parce que le demander en rescision ou en nullité reprend son héritage franc et quitte de toutes les charges réelles que lui a imposées l'acquéreur; sauf au cessionnaire de la servitude à intervenir dans l'instance pour la conservation de ses droits, et même à attaquer le jugement par tierce opposition, s'il prétendait que la rescision ou l'annulation ne devait pas être prononcée. Mais ce n'est pas le moment d'entrer dans l'explication de ce point; nous le ferons quand nous parlerons de l'effet que peut produire un jugement à l'égard des tiers, au titre *des Obligations conventionnelles en général*, en traitant de l'autorité de *la chose jugée*.

677. Nous nous bornerons seulement à faire observer que si c'était sur la demande de celui qui a concédé la servitude, que son contrat d'acquisition fût rescindé ou annulé, quand d'ailleurs c'était en état de capacité qu'il l'avait concédée, la servitude ne serait point éteinte; la maxime: *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, ne serait point applicable, parce qu'elle ne l'est point au cas où, comme dans l'espèce, la résolution du droit du concédant est purement l'effet de sa volonté; sauf à l'autre partie à ne pas recevoir l'immeuble tant qu'il ne sera pas affranchi de la servitude. Mais s'il le reprend en cet état, il est obligé de la souffrir, sous la réserve de son recours en indemnité contre celui qui l'a établie. Cette doctrine résulte, 1° de l'art. 2125, qui ne prononce la résolution des hypothèques que dans les seuls cas où ceux qui les ont constituées n'avaient sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision : or le droit de celui dont il s'agit n'était point de cette nature, puisque s'il n'eût pas lui-même, comme nous le supposons, demandé l'annulation ou la rescision de son contrat, il jouirait encore de l'immeuble, et la servitude s'exercerait sans difficulté; et ce qui est décidé pour les hypothèques s'applique, par parité de raison, aux constitutions de servitudes. 2° D'après les LL. 4, *princip.*, ff. *Quib. mod. pignus solvitur*, et 43, § 8, ff. *de Ædil. edicto*, celui qui a acheté une chose entachée d'un vice rédhibitoire, et qui l'a ensuite affectée d'un droit de gage, ne peut, il est vrai, et ainsi que nous l'avons dit nous-même quant à la servitude, forcer le vendeur à la reprendre tant qu'elle n'est pas rendue libre; mais si ce dernier la reprend, il la reprend avec le droit de gage. Il ne doit pas, en effet, dépendre de l'acheteur de faire évanouir, à sa volonté, le droit qu'il a concédé à un tiers. Ainsi, la maxime précitée n'est point applicable aux cas où la résolution n'a eu lieu que sur la demande de celui qui a établi un droit réel sur la chose, mais bien seulement aux cas où elle a été forcée à son égard.

678. On ne l'applique pas non plus au cas où la servitude a été constituée par les envoyés en possession définitive, et que l'absent reparaît ou que ses descendants se présentent dans les trente ans. Ils reprennent les biens dans l'état où ils se trouvent (art. 132 et 133), suivant ce qui a été dit précédemment, n° 545. Au lieu que si la servitude avait été établie durant l'envoi en possession provisoire, elle s'évanouirait par le retour de l'absent effectué durant cet envoi (1), attendu que pendant son cours, la possession n'était qu'un dépôt dans la main des envoyés. (Art. 125.)

679. En sens inverse, si le droit de propriété de celui qui a stipulé la servitude, ou à qui elle a été donnée ou léguée, vient à être résolu, rescindé ou annulé, avant que la servitude soit acquise au fonds par l'usage, nous pensons que le propriétaire qui rentre ainsi dans le fonds ne peut s'en prévaloir. La stipulation faite par le tiers, ou la libéralité faite à son profit, est, à l'égard de ce propriétaire, *res inter alios acta, quæ aliis nec nocet nec prodest.* C'est encore ce que nous avons établi plus haut, n°s 554 et suivants.

(1) Nous disons *durant cet envoi*, parce que si ce n'était, dans le même cas, qu'après l'envoi définitif que parût l'absent, on pourrait soutenir que ce qui a été fait sur les biens par les envoyés en possession provisoire a été confirmé et validé par l'effet de l'envoi en possession définitive, puisqu'alors ils pouvaient le faire.

§ V.

Extinction de la servitude par l'arrivée du jour ou de l'événement qui doit, d'après le titre, mettre fin à son exercice.

680. On a vu plus haut (1) qu'en principe, les servitudes sont constituées à perpétuité, et uniquement pour les fonds, sans égard à leurs possesseurs, mais cependant que l'on peut convenir que celle qui est concédée ne durera que jusqu'à telle époque, qu'elle prendra fin par l'arrivée de tel événement, ou qu'elle ne pourra être exercée que par le propriétaire actuel de l'héritage dominant, ou seulement tant que vivra le maître du fonds assujetti. Toutes ces modifications, que n'admettait pas, il est vrai, le droit civil des Romains, étaient néanmoins consacrées par le droit du préteur, qui protégeait les clauses insérées à cet effet dans les actes constitutifs des servitudes (2).

681. Comme nous nous attachons au moins autant à la volonté des contractants qu'on le faisait dans la législation romaine; que tout ce qui a été convenu, et qui ne blesse nullement l'ordre public, est une loi que les parties doivent observer (art. 1134), il n'est point douteux que si une servitude a été établie sous l'une ou l'autre de ces modalités, elle ne doive prendre fin par l'événement de la condition ou de la circonstance qui devait, d'après le titre, mettre un terme à son existence.

§ VI.

Extinction des servitudes par le non-usage.

682. Les servitudes s'éteignent enfin par le non-usage pendant trente ans. (Art. 706) (3).

683. C'est là une prescription ordinaire: dès lors, elle ne court pas contre les mineurs ni les interdits (art. 2252); et, à l'égard des servitudes dues à des immeubles dotaux proprement dits, elle ne peut commencer pendant le mariage, à moins qu'il n'y ait eu séparation de biens, auquel cas elle pourrait commencer après la séparation (art. 1561 et 2255, combinés). Dans tous les autres cas elle court contre la femme mariée pendant le mariage (art. 2254), à moins, 1° que l'action de celle-ci ne pût être exercée qu'après une option à faire sur l'acceptation ou la renonciation à la communauté; 2° ou que cette action, exercée contre le tiers, ne dût réfléchir contre le mari qui aurait aliéné le droit de la femme et se serait porté garant (art. 2256). Hormis ces exceptions, la prescription court contre la femme et peut opérer l'extinction des servitudes qu'elle a sur les fonds d'autrui, sauf son recours contre son mari, s'il y a lieu, pour avoir laissé dépérir ses droits (art. 1428). En un mot, ce que nous avons dit (4) au sujet de l'acquisition, par la prescription, des servitudes sur les biens des incapables, s'applique, en général, à l'affranchissement, par le même moyen, des fonds de ceux qui leur en doivent.

684. Les trente ans commencent à courir selon les diverses espèces de servitudes.

Lorsqu'elles sont discontinues, c'est à partir du jour où l'on a cessé d'en jouir (art. 707); et le temps de non-jouissance par un propriétaire est valablement opposé à son successeur (5), si toutefois, ainsi qu'il vient d'être dit, la prescription a pu courir contre lui, parce qu'il n'était ni mineur ni interdit.

Mais on en jouit, comme on l'a dit précédemment (6), par son fermier, son locataire et tout autre détenteur à titre précaire, par l'usufruitier, l'emphytéote (art. 2228), et même par un tiers possesseur du fonds, de bonne ou mauvaise foi, n'importe (7); car en exerçant la servitude, ce possesseur prête son ministère au fonds, qui est supposé l'exercer, et qui la conserve par ce moyen. Il suffit qu'il l'exerce *nomine prædii* (8).

685. Quand il s'agit de servitudes continues, les trente ans commencent à courir du jour seulement où il a été fait un acte contraire à l'exer-

(1) Nos 480 et suivant.
(2) L. 4, ff. *de Servitut.*
(3) Code de Hollande. art. 754.
(4) No 599.
(5) L. 18, § 1, ff. *Quemad. servit. amitt.*
(6) *Voyez* no 591.
(7) LL. 5, 6, *princip.*, 12, 20 *et sequent.*, ff. *Quemad. servit. amitt.*
(8) L. 23, ff. *Quemad. servit. amitt.*

cice de la servitude (même art. 707) (1); par exemple, en bâtissant sur le terrain sur lequel on s'était interdit de bâtir (2).

Il importe peu, au reste, que cet acte ait été fait par un autre que le propriétaire du fonds assujetti ou par lui-même : fait par un emphytéote, un usufruitier, un fermier, locataire ou colon, enfin par un possesseur quelconque, il opérerait le même effet; car dans tous les cas il serait vrai de dire que la servitude n'a point été exercée, et par conséquent qu'elle s'est éteinte par le non-usage. Si ce fait émanait du propriétaire du fonds dominant, qui a, par exemple, bouché les fenêtres au moyen desquelles il exerçait un droit de vue, la présomption de remise de la servitude sur laquelle est fondée la prescription serait même encore plus grave, mais cela n'ajouterait rien à l'effet résultant du non-usage du droit pendant le temps déterminé par la loi (3).

686. Le droit romain faisait, quant à l'extinction des servitudes par le non-usage, une distinction entre les servitudes dont le mode de jouissance est alternatif, et les autres; et par rapport aux premières il sous-distinguait.

D'après la L. 7, ff. *Quemad. servit. amitt.*, la servitude de conduite d'eau ou de passage qui ne devait être exercée que pendant l'été, et non l'hiver (*aut vice versa*), ou bien de deux années l'une, ou de deux mois l'un, ne s'éteignait par le non-usage qu'après un temps double de celui qu'il fallait dans les cas ordinaires (4) : *Duplicato tempore constituto hæc servitus amittitur.* Tandis que, pour celle qui devait s'exercer de deux jours l'un, ou la nuit et non le jour (*vel vice versa*), le temps n'était pas doublé, pas plus qu'il ne l'était à l'égard de celle qui avait été établie pour en jouir de deux heures l'une, ou pendant le jour, ou seulement à une certaine heure de la journée; attendu, dit le jurisconsulte Paul, que dans ces cas il n'y a qu'une seule servitude : *Quia una servitus est.* Au lieu que dans les premières : *Tempus non est continuum, quo, cum uti non potest, non sit usus.*

Mais, comme nous l'avons dit précédemment, n° 492, quelles que soient les modalités dont une servitude de conduite d'eau ait pu être affectée relativement à son exercice, elle n'en est pas moins, d'après le Code, qui ne distingue pas, une servitude *continue* (art. 688), quoique le temps de son exercice soit lui-même discontinu. Il l'est d'ailleurs dans la servitude *alternis diebus,* comme dans celle *mensibus alternis:* la durée de l'interruption de jouissance ne fait rien à la chose. Dans l'un comme dans l'autre cas, le fait de l'homme, pour faire cesser l'interruption de jouissance, par exemple, pour rouvrir le canal, n'est pas moins nécessaire; seulement il est plus répété dans un cas que dans l'autre; mais dans tous deux, une fois l'opération faite, la servitude s'exerce sans le fait de l'homme, et pendant son repos; ce qui n'est pas dans les véritables servitudes discontinues, telles que celles de passage, de puisage et autres semblables.

La distinction de la loi romaine reposait uniquement sur ce que, pour les anciens, ce qui pouvait se faire tous les jours, chaque jour, était censé avoir le caractère de continuité, tandis que dans notre droit la continuité ou la discontinuité de la servitude dépend uniquement de la circonstance que le fait *actuel* et persévérant de l'homme est ou n'est pas nécessaire pour son exercice. Il

(1) Code de Hollande, art. 755.

(2) Cette distinction paraît aussi consacrée par la L. 6, ff. *de Servit. præd. urb.*

(3) En disant, au n° 491, que la prescription à l'effet d'éteindre les servitudes continues ne commence son cours que du jour où le *propriétaire du fonds assujetti* a fait un acte contraire à l'exercice de la servitude, nous n'avons point cependant voulu dire par là qu'il fallait nécessairement pour cela que l'acte eût été fait sur son fonds, car s'il l'avait été sur le fonds dominant, et que le temps requis par la loi se fût écoulé depuis, la prescription fondée sur la présomption de remise de la servitude serait, comme nous le disons ici, encore plus grave. Aussi l'art. 707 dit-il, sans distinction, que les trente ans commencent à courir du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude. Nous n'avons donc voulu établir que le point de départ de la prescription; et si nous avons spécialement parlé de l'acte fait par le propriétaire assujetti, et contraire à la servitude, c'est parce qu'en effet c'est ordinairement sur le fonds de ce propriétaire qu'ont lieu les actes de cette nature, puisqu'il est seul intéressé à son extinction. Ainsi l'énonciation contenue au numéro précité doit s'entendre en ce sens.

(4) Ce temps a varié. Avant Justinien, il était de deux ans pour les servitudes rustiques, sans distinction du cas d'absence du maître du fonds dominant. Quant aux autres, comme elles n'avaient, en général, pas besoin du fait de l'homme pour être exercées, puisqu'elles l'étaient par le fonds dominant lui-même, le temps, qui était également de deux années, ne commençait à courir que du jour où il avait été fait un acte essentiellement contraire à la servitude. L. 6, ff. *de Servit. præd. urb.*, précitée.

Justinien a étendu le temps de la prescription, pour l'extinction des unes et des autres, à dix années entre présents, et vingt ans entre absents. L. *ult.*, Cod. *de Præscript. long. temp.*

y aurait donc, d'après cela, plus de raison de regarder chez nous comme continue la servitude de prise d'eau qui doit s'exercer de deux années l'une, que celle qui doit s'exercer de deux jours l'un; car le fait de l'homme serait bien moins souvent nécessaire que pour cette dernière. Mais il est plus vrai de dire qu'elles sont toutes deux continues.

Au surplus, le temps de la prescription n'est jamais doublé dans notre législation, et nous ne connaissons d'autres règles à cet égard que celles qui sont tracées par l'art. 707, dont nous venons d'expliquer les dispositions.

687. Le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude elle-même, et de la même manière (1). (Art. 708) (2).

Et le nouveau mode ne sera acquis que suivant les distinctions que nous avons précédemment établies, en parlant de l'acquisition des servitudes par la prescription, n° 605 et suivants.

688. Tant que l'héritage en faveur duquel est établie la servitude est possédé par plusieurs par indivis, la jouissance de l'un empêche la prescription à l'égard de tous. (Art. 709) (3).

Par conséquent, si parmi les copropriétaires il s'en trouve un contre lequel la prescription n'ait pu courir, comme un mineur, il aura conservé le droit de tous (4). (Art. 710.)

Tel est l'effet de l'indivisibilité du droit.

689. Mais quand l'héritage dominant vient à être divisé, c'est comme s'il avait été d'abord établi une servitude pour autant de fonds que le fonds divisé forme maintenant d'héritages distincts (5); et d'après cela, ceux qui auront usé du droit, ou contre lesquels la prescription n'aura pu courir, l'auront seuls conservé; il sera éteint à l'égard des autres (6).

690. *Vice versa*, si c'est le fonds assujetti qui vient à être divisé, les parts sur lesquelles la servitude ne sera point du tout exercée pendant le temps requis pour la prescription en seront affranchies, et les autres demeureront assujetties (7).

691. Nous terminerons l'explication de cette matière par la question de savoir, si la servitude ne pourrait pas également s'éteindre par le non-usage pendant dix ans entre présents, et vingt ans entre absents, au profit de celui qui a acquis par juste titre l'immeuble assujetti.

Selon nous, cette question, quoique très-délicate, à raison des termes généraux de l'art. 706, doit cependant être résolue par l'affirmative (8); car c'est moins là une prescription à l'effet de libérer le fonds de la servitude qui le grève, qu'une prescription à l'effet d'acquérir la propriété pleine et absolue de ce même fonds, en vertu de l'article 2265, ce qui rend inapplicable cet art. 706 dans sa disposition générale, que les servitudes s'éteignent par le non-usage pendant *trente ans*.

En effet, le Code lui-même consacre bien, relativement aux hypothèques, cette distinction entre le tiers acquéreur et le débiteur personnel ou son héritier.

Suivant l'art. 2180, la prescription est acquise au premier contre les créanciers hypothécaires, par le même laps de temps que celui qui lui serait nécessaire pour acquérir la propriété de l'immeuble à son profit, avec cette restriction toutefois que, lorsque la prescription suppose un titre, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de celle de dix et vingt ans, elle ne commence son cours qu'à partir de la transcription du contrat d'acquisition, parce qu'il était juste que les créanciers pussent être avertis que l'immeuble a changé de main, qu'ils sont maintenant exposés à une prescription d'une plus courte durée, et par conséquent qu'ils aient à faire les actes nécessaires à la conservation de leurs droits. Mais leurs inscriptions n'interrompent nullement le cours de la prescription établie en faveur du tiers détenteur, et du débiteur lui-même.

(1) *Voyez* L. 10, § 1, et L. 18, § 1, ff. *Quemad. servit. amitt.*
(2) Code de Hollande, art 756.
(3) Ibid., art. 757.
(4) L. 10, *princip.*, ff. *Quemad. servit. amitt.*
(5) L. 6, ff. *Quemad. servit. amitt.*
(6) Même loi. *Voyez* aussi *supra*, nos 470 et suivants.
(7) L. 6, ff. *Quemad. servit. amitt.* Mais cette loi établit, au sujet de l'extinction de la servitude de passage par le non-usage, quand le fonds assujetti vient à être divisé, quelques distinctions qui sont plutôt fondées sur de pures subtilités que sur de véritables motifs. Nous nous dispenserons, pour cette raison, de les expliquer.
(8) Nous avons décidé la même chose relativement à l'usufruit, tome précédent, n° 1454.

Au lieu qu'à l'égard de ce dernier, la prescription de l'hypothèque ou du privilége est absolument (1) mesurée sur celle de l'action personnelle d'où dérive le privilége ou l'hypothèque.

D'où cette différence peut-elle résulter, si ce n'est de ce que le tiers détenteur prescrit à l'effet d'acquérir l'immeuble, plutôt qu'à l'effet de le libérer des charges qui le grèvent? Or, comme les servitudes sont, aussi bien que les hypothèques et les priviléges, des droits réels, ce qui est établi en faveur de l'acquéreur, relativement au droit hypothécaire, doit également avoir lieu par rapport au droit de servitude. Dans l'un comme dans l'autre cas, celui qui a prescrit l'immeuble l'a prescrit dans son entier, sans diminution du droit de propriété. Ainsi, l'art. 706 doit s'entendre généralement de la prescription invoquée par celui qui a constitué la servitude ou par son héritier; quant à celle qui est établie en faveur des tiers acquéreurs de bonne foi, elle a son siége dans le titre même *de la Prescription*, principalement dans les art. 2265 et suivants, et l'on n'avait point à s'en occuper au titre *des Servitudes*. Les dispositions de ce titre ne dérogent point au droit commun sur la matière des prescriptions : or le droit commun veut que celui qui acquiert de bonne foi, et par juste titre, un immeuble, en devienne exclusivement propriétaire par une jouissance de dix ans entre présents et de vingt ans entre absents, calculée par rapport à celui contre lequel la prescription est invoquée. Aussi faudrait-il une jouissance libre du fonds pendant tout ce temps, quand bien même il ne serait pas nécessaire qu'elle eût eu la même durée par rapport à l'acquisition de la propriété, parce que le propriétaire (en supposant que ce ne fût pas lui qui eût transmis le fonds, ni aucun autre en vertu de son mandat, car autrement la prescription serait superflue) a été présent, tandis que celui à qui était due la servitude, et qui ne l'a point exercée vis-à-vis de l'acquéreur, a été absent (2); sans préjudice encore des causes de suspension de prescription pour minorité ou interdiction, qui auraient pu exister en sa personne.

Vainement dirait-on qu'il pourra arriver que le maître de l'héritage dominant ignore si le possesseur actuel du fonds assujetti est un acquéreur, ou simplement un fermier, et qu'ainsi la négligence qu'il mettra peut-être à exercer la servitude, dans la pensée qu'elle ne doit s'éteindre que par le non-usage pendant trente ans, ou parce qu'il ne jouirait pas par lui-même de l'immeuble, lui deviendrait funeste; qu'il n'est pas averti, comme les créanciers hypothécaires, par la transcription du contrat d'acquisition, seul point de départ de la prescription de dix et vingt ans contre ces derniers; car on répondrait qu'un propriétaire pourrait alléguer à peu près les mêmes raisons : il ne sait pas non plus, ou du moins il peut ne pas savoir si celui qui possède son fonds a ou n'a pas un titre, ni de quelle nature est ce titre; et cependant la loi n'en a pas moins établi la prescription dont il s'agit contre lui, au profit de l'acquéreur de bonne foi. Et quant à l'objection tirée de ce que cette prescription ne court du moins contre les créanciers hypothécaires qu'à partir de la transcription du contrat de l'acquéreur, et qu'ainsi ils sont suffisamment avertis, on y répond en disant que les motifs ne sont pas les mêmes à l'égard d'un propriétaire dont l'héritage est voisin de celui qui lui doit la servitude, tandis que les créanciers sont souvent très-éloignés du fonds qui leur est hypothéqué. D'ailleurs, presque toujours la transcription est effectuée, et pour ce cas du moins on ne saurait récuser la similitude que nous établissons, sous ce rapport, entre eux et le propriétaire qui a négligé d'exercer son droit de servitude, d'autant mieux encore que la plupart des servitudes n'ayant pas besoin du fait actuel de l'homme

(1) Aujourd'hui; car anciennement elle était de quarante ans par rapport au débiteur ou à son héritier encore détenteur de l'immeuble hypothéqué, quoique celle de l'action personnelle ne fût, comme actuellement, que de trente années, et c'est à un de ces points de l'ancien droit que fait allusion l'art. 2281, en disant : « Les prescriptions commencées à l'époque de la publication du présent titre seront réglées conformément aux lois anciennes. Néanmoins, les prescriptions alors commencées, et pour lesquelles il faudrait encore, suivant les lois anciennes, plus de trente ans à compter de la même époque, seront accomplies par ce laps de trente ans. »

(2) Mais, *vice versa*, si la prescription de la propriété n'avait pu avoir lieu contre le propriétaire, parce qu'il était mineur ou interdit, ou parce qu'il a été absent, la servitude subsisterait encore, quand bien même le détenteur du fonds assujetti en aurait joui librement, vis-à-vis de celui à qui est due la servitude, pendant dix ans entre présents et vingt ans entre absents : seulement ce temps de non-jouissance de la servitude pourrait profiter au maître du fonds.

pour être exercées, s'exerçant, pour ainsi dire, d'elles-mêmes, par la disposition des héritages et des travaux qui ont été faits, la prescription de dix et vingt ans aura des inconvénients bien moins graves qu'on ne pourrait le craindre.

Il n'y a d'objection solide à faire à cette décision que la disposition expresse du Code en ce qui touche les hypothèques, et son silence relativement aux servitudes; mais quand les raisons sont les mêmes, et que la loi n'est pas formellement contraire, on doit adopter la décision qu'elle porte sur le cas semblable, d'après la maxime : *Ubi eadem ratio, idem jus esse debet.* Or elle n'est point contraire, parce que l'article 706 statue en général, sans supposer qu'un tiers acquéreur de bonne foi, qui a joui du fonds comme libre, en a prescrit la propriété, et l'a ainsi acquis sans restriction, sans modification.

FIN DU TITRE DES SERVITUDES, DU SECOND LIVRE DU CODE CIVIL, ET DU TOME V DE L'ÉDITI ON FRANÇAISE.

LIVRE III.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ (1).

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

SOMMAIRE.

1. *Dans la division de la matière du Code civil, ses rédacteurs n'ont pas exactement suivi ceux des Institutes de Justinien.*
2. *La propriété des biens s'acquiert, sous le Code, par succession, donation entre-vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations.*
3. *Elle s'acquiert aussi par accession et par prescription : renvoi.*
4. *Les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à l'État : renvoi.*
5. *Renvoi pour ce qui concerne la chasse et la pêche;*
6. *Et quant au* trésor;
7. *Et quant aux effets perdus ou jetés à la mer.*
8. *Résumé des manières générales d'acquérir la propriété.*
9. *Plusieurs titres sont mal à propos classés, dans le troisième livre du Code, parmi les manières d'acquérir la propriété des biens.*
10. *Dans la plupart des cas, il y a tout à la fois transmission et acquisition de la propriété; dans quelques-uns, il y a seulement acquisition sans transmission.*
11. L'hérédité, *en prenant ce mot* lato sensu, *est la seule manière d'acquérir à titre universel; cette acquisition emporte obligation de payer les dettes du défunt.*
12. *Suite, et renvoi pour la solution d'une question.*
13. *L'achat d'un droit d'hérédité n'est même point une manière d'acquérir à titre universel.*
14. *La confiscation générale est abolie.*

1. Sous le rapport de la matière du droit, Justinien, comme nous l'avons dit (2), a divisé ses *Institutes* en trois parties principales : LES PERSONNES, LES CHOSES, ET LES ACTIONS.

Les rédacteurs du Code civil, qui ont tant emprunté au droit romain, n'ont cependant pas suivi à la lettre cette distribution du sujet. Ils l'ont bien pareillement divisé en trois parties principales, dont la première comprend, comme celle des *Institutes*, ce qui concerne l'état des personnes ; mais ils ont intitulé la seconde : DES BIENS ET DES MODIFICATIONS DE LA PROPRIÉTÉ, et appelé la troisième : DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ; et, dans cette dernière partie, ils ont rangé les *contrats*, qui n'étaient point, dans la législation romaine, une manière d'acquérir de plein droit la propriété des biens, mais seulement une des causes des obligations, et une source des actions pour les faire exécuter.

Nous avons déjà expliqué (3) les notables différences qui résultaient de la diversité de ces deux systèmes, et nous aurons encore souvent, surtout au titre *des Contrats et des Obligations conventionnelles en général*, occasion de leur donner de nouveaux développements.

2. Ainsi, d'après notre Code civil, « la pro« priété des biens s'acquiert et se transmet par « succession, par donation entre-vifs ou testa« mentaire, et *par l'effet des obligations.* » (Art. 711) (4).

3. « La propriété s'acquiert aussi par accession ou incorporation, et par prescription. » (Art. 712) (5).

(1) *Voyez*, sur *la propriété*, les observations préliminaires du tit. II du deuxième livre, au tome précédent, n° 1038 et suiv.

(2) *Voyez* au tome I, n° 28.

(3) On peut se reporter à ce qui est dit à ce sujet, tome précédent, n°s 1036 et suivants.

(4) Code de Hollande, art. 639.

(5) Ibid.

Nous avons parlé (1) avec étendue de la manière d'acquérir la propriété de telle ou telle chose par *accession*, et, pour ne pas nous répéter inutilement, nous renvoyons le lecteur à ce que nous avons dit à cet égard.

4. Suivant l'art. 713, « les biens qui n'ont pas « de maître appartiennent à l'État. »

Cette disposition a également été expliquée sous plusieurs rapports (2), et elle le sera aussi bientôt sous celui des *successions*.

5. Nous avons pareillement développé les dispositions suivantes :

« Il est des choses qui n'appartiennent à per- « sonne, et dont l'usage est commun à tous.

« Des lois de police règlent la manière d'en « jouir (3). (Art. 714) (4).

« La faculté de chasser ou de pêcher est « également réglée par des dispositions particu- « lières (5). » (Art. 715) (6).

6. « La propriété d'un trésor (7) appartient à « celui qui le trouve dans son propre fonds : si « le trésor est trouvé dans le fonds d'autrui, il « appartient pour moitié à celui qui l'a décou- « vert, et pour l'autre moitié au propriétaire du « fonds.

« Le trésor est toute chose cachée ou enfouie, « sur laquelle personne ne peut justifier sa pro- « priété, et qui est découverte par le pur effet « du hasard. » (Art. 716) (8).

7. « Les droits sur les effets jetés à la mer, sur « les objets que la mer rejette, de quelque na- « ture qu'ils puissent être, sur les plantes et her- « bages qui croissent sur les rivages de la mer, « sont aussi réglés par des lois particulières (9). »

« Il en est de même des choses perdues, « dont le maître ne se présente pas » (10). (Article 717) (11).

8. Telles sont les dispositions générales qui ouvrent ce troisième et dernier livre du Code, dont la matière consiste dans les différentes manières d'acquérir la propriété des biens. On voit par là qu'il ne nous reste à expliquer que les manières d'acquérir :

Par succession ;

Par donation entre-vifs ou testamentaire;

Par l'effet des obligations ;

Et par l'effet de la prescription.

Ces objets seuls forment, en effet, la matière de ce troisième livre ; les autres manières d'acquérir la propriété se trouvent régies par les dispositions du second livre, titres I et II, et par des lois particulières dont nous avons déjà retracé les principales règles.

9. Cependant, dans un ouvrage de doctrine comme d'application, il nous est impossible de ne pas faire remarquer que ce troisième livre du Code renferme aussi plusieurs titres ou lois qui ne sont que peu ou point relatives aux manières d'acquérir la propriété des biens.

Le commodat, par exemple, le dépôt, les diverses espèces de gages, le mandat, dans les rapports du mandant et du mandataire, la contrainte par corps, n'ont que peu ou point de rapport avec les modes d'acquisition des biens, même en admettant dans la plus grande étendue possible les conséquences du nouveau principe, que la propriété des biens est acquise par le seul effet des obligations (art. 711, 1138) (12); car, que des contrats de commodat, de dépôt, etc., il naisse des actions pour les faire exécuter, ou pour obtenir des dommages-intérêts s'ils l'ont été mal, cela n'est l'objet d'aucun doute ; mais ces obligations et ces actions ne sauraient, sans un renversement de toutes les idées reçues et des véritables principes, être considérées comme des droits de propriété, pas plus que le délit commis contre ma personne ou sur mes biens ne m'at-

(1) Au tome II depuis le nº 1115 jusqu'au nº 1269.

(2) *Voyez* au même tome II, nº 993, *et passim*, depuis le nº 1079 à 1154 inclusivement.

(3) *Voyez* au même vol., nº 993, *et passim*, jusqu'à 1033 ; nº 1079, *et passim*, jusqu'à 1154. *Voyez* aussi au tome V ce qui concerne les *servitudes légales*.

(4) Code de Hollande, art. 640.

(5) Tout ce qui est relatif à ces objets a été expliqué au tome II, nºs 1086 à 1114.

(6) Code de Hollande, art. 642.

(7) Nous avons donné aussi, dans le tome II, nºs 1119 à 1129, les explications et les développements qu'exigeait ce point.

(8) Code de Hollande, art. 642.

(9) *Voyez* encore à ce sujet, tome II, nºs 1105, 1116 à 1118, et 1142 à 1145.

(10) *Voyez* enfin sur ce cas, *ibid.*, nº 1129 à 1142.

(11) Code de Hollande, art. 638.

(12) Ibid., art. 639, 1273.

tribue un droit de cette espèce : ce sont uniquement des dommages-intérêts, et voilà tout. Ce sera le payement de ces dommages-intérêts qui formera lui-même une manière d'acquérir la propriété, en transportant celle de la somme payée, des mains de celui qui payera, dans les mains de celui qui recevra les deniers. Ces obligations et ces actions ne sont donc point par elles-mêmes des manières proprement dites d'acquérir la propriété, comme le sont la donation ou le legs d'un corps certain, la vente, l'échange, la prescription, et autres titres.

En effet, on ne peut concevoir la propriété sans un objet déterminé sur lequel elle réside : or quel est cet objet dans le commodat, dans le dépôt, par exemple, dont l'acquisition ait lieu par l'effet du contrat ? Ce n'est pas assurément la chose prêtée ou déposée ; car, loin que le contrat doive la faire acquérir à l'emprunteur ou au dépositaire, ceux-ci doivent, au contraire, la restituer en nature et identiquement ; et s'ils la restituent, si le contrat est exécuté selon sa teneur et ses caractères, les choses seront remises au même état que s'il n'y avait pas eu de contrat du tout. S'ils ne la restituent pas, ou s'ils ne la restituent que détériorée par leur faute, ils seront passibles sans doute de dommages-intérêts ; mais ces dommages-intérêts, quoique nés à l'occasion du contrat, n'en sont point une conséquence nécessaire, comme la transmission de la propriété d'une chose donnée, léguée ou vendue, est une conséquence obligée de la donation, du legs ou de la vente ; et d'ailleurs la propriété de la somme, qui sera payée en exécution, ne sera elle-même transférée que par le payement qui en sera effectué. Jusque-là, il ne peut y avoir qu'une *créance*, c'est-à dire le droit d'obliger un autre à vous payer, à vous rendre propriétaire de telle ou de telle autre chose : donc vous ne l'êtes pas, tant que ce payement n'est pas réalisé. En un mot, il n'y a encore point de propriété acquise, nonobstant la règle de droit : *Qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur* (1) ; car cette règle n'est applicable, dans son véritable esprit, qu'à un corps certain et déterminé dont on a perdu la propriété par une cause quelconque, mais propriété qu'on peut recouvrer par l'effet d'une action donnée par la loi, comme dans le cas d'aliénation par suite de violence : aussi dans les anciens principes, l'acheteur qui avait, comme aujourd'hui, une action contre le vendeur, pour obliger celui-ci à lui délivrer la chose vendue, n'aurait-il pu invoquer la maxime précitée pour se prétendre, avant la délivrance réelle ou fictive, propriétaire de l'objet, aux fins de pouvoir le revendiquer comme sien des mains d'un autre acheteur, même postérieur en titre, auquel il avait été vendu et livré par le même vendeur (2).

Ces observations sont tellement exactes, que les rédacteurs du Code eux-mêmes ont posé en principe, dans l'art. 1238 (3) (et nonobstant ce qu'ils avaient déjà établi, que la propriété s'acquiert par le seul effet des obligations, sans qu'il y ait besoin d'aucune tradition (4), art. 711, 1138), que, pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en payement, disposition qu'on ne doit même pas entendre littéralement de tous les cas, et dont nous expliquerons d'ailleurs le sens dans la suite (5), mais disposition qui fait clairement voir que celui à qui le payement est fait n'est pas encore propriétaire de la chose payée, puisque celui qui paye doit l'être lui-même, afin de rendre tel le premier.

On pourrait facilement étendre ces observations, et démontrer par là que c'est mal à propos que plusieurs des titres placés au troisième livre du Code, sous la dénomination générique *des Manières d'acquérir la propriété*, ne devaient cependant pas y être compris, du moins sous cette dénomination. La *contrainte par corps* notamment, qui n'est rien autre chose qu'un mode d'exécution des jugements, uniquement dirigé contre la personne, n'a aucun rapport avec l'acquisition des biens, et *le gage, l'hypothèque* ou *le privilége*, n'en ont pas davantage, puisque leur effet se borne à donner au créancier le droit d'être payé sur le prix provenant de la vente de l'objet qui en est affecté, par préférence aux autres créanciers ; tellement que toute convention

(1) L. 15, ff. *de Reg. juris.*

(2) L. 15, Cod. *de Rei vind. Voyez* au tome II, nos 1036 et suivants.

(3) Code de Hollande, art. 1420.

(4) Ce qui n'est vrai et ne peut être vrai qu'à l'égard des corps certains et déterminés, comme tel fonds.

(5) *Voyez*, au surplus, ce que nous avons déjà dit à cet égard, tome II, no 1042.

qui lui attribuerait la faculté, à défaut de payement, de garder cet objet ou d'en disposer, serait nulle et de nul effet. (Art. 2078-2079) (1).

Mais ces remarques, de pure doctrine, n'ont point pour motif de critiquer la division générale qu'ont adoptée les rédacteurs du Code ; cette division remplit suffisamment l'objet qu'ils se sont proposé, malgré les inexactitudes que nous venons de signaler, et qu'on peut justement lui reprocher. Nous n'insisterons donc pas davantage sur ce point, et nous terminerons la courte analyse (2) que nous donnons des *dispositions générales* de ce troisième livre par quelques autres observations, plus importantes peut-être, ne fût-ce que sous le seul rapport de la science.

10. Parmi les différentes manières d'acquérir la propriété, il en est d'après lesquelles l'acquisition au profit de l'un emporte nécessairement aliénation de la part de l'autre ; et il en est d'autres où il y a simplement acquisition sans aliénation, par conséquent sans aucune transmission.

Ainsi, la propriété *s'acquiert* et *se transmet* par succession, par donation entre-vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations. (Art. 711.)

Dans tous ces cas, il n'y a point d'acquisition sans transmission, sans aliénation : ce qui était à l'un cesse de lui appartenir, et devient la chose de l'autre, *res aliena*, chose étrangère par rapport au premier.

Ces modes d'acquisition sont *dérivés*, pour nous servir du langage de quelques docteurs (3).

Mais l'*occupation* est un mode d'acquisition *originaire* (4), qui ne suppose aucune transmission de la part d'une autre personne (5). Par elle, nous devenons propriétaire par notre seul fait, sans le concours d'une autre volonté.

Par l'*accession* j'acquiers aussi, dans plusieurs cas, la propriété de la chose accessoire, sans qu'il y ait transmission, aliénation de la part d'une autre personne : telle est l'acquisition des fruits produits par mon fonds, le croît de mon troupeau, les alluvions, etc. Cette manière d'acquérir est appelée *relative* par Puffendorf (6), qui divise les modes d'acquisition des biens en *simples*, par lesquels nous acquérons le corps lui-même ; et en *relatifs*, par lesquels quelque chose est ajouté à ce qui nous appartient déjà. Mais quand une chose appartenant à un tiers est unie à la mienne, et qu'elle en doit être considérée comme le complément ou l'ornement, j'acquiers par le fait de l'union cette même chose (art. 566 et suivants) (7), et, dans ce cas, il y a évidemment aliénation, transmission d'une personne à une autre. Ce mode d'acquisition doit donc être rangé parmi ceux que, d'après Grotius, nous avons appelés *dérivés*.

11. Il est une autre distinction plus importante, à raison des effets.

Au nombre des manières dont on acquiert la propriété des biens, il en est une (8) qui est à *titre universel;* les autres sont toutes à *titre particulier* (9).

(1) Code de Hollande, art. 1200.

(2) Cette analyse est courte sans doute, mais c'est parce que, comme nous venons de le dire, elle a déjà été faite en son lieu avec tous les développements qu'elle comportait.

(3) De Grotius, *de Jure belli ac pacis*, lib. II, cap. III, § 1, et d'Heineccius, *Elementa juris*, n° 341.

(4) Les mêmes docteurs, *ibid.*

(5) Quoiqu'on rapporte à l'occupation le butin fait sur l'ennemi, ce qui est dit au texte n'est pas moins vrai ; car, par rapport à nous, l'ennemi est sans droit : il est considéré comme n'existant pas, suivant ce qui a été dit au tome II, n° 1148.

Voyez, au surplus, sur *l'occupation*, ce qui a été expliqué au même volume, depuis le n° 1079 jusqu'à 1134.

(6) *De Jure naturali et gentium*, lib. IV, cap. VI, § 1.

(7) Dispositions supprimées dans le Code de Hollande.

(8) Dans le droit romain on en comptait six : 1° l'hérédité, testamentaire ou *ab intestat*, ce qui comprenait aussi l'hérédité laissée par fidéicommis ; 2° la possession des biens, ou l'hérédité déférée en vertu du droit prétorien, soit *ab intestat*, soit dans le cas d'un testament ; 3° l'acquisition par l'effet des adrogations ; 4° l'acquisition des biens pour conserver la liberté aux esclaves affranchis par le testament d'un défunt obéré ; 5° l'acquisition à l'encan du patrimoine d'un débiteur surchargé de dettes ; 6° la dévolution des biens déférée en vertu du sénatus-consulte Claudien.

Ces deux derniers modes ont été abrogés par Justinien, qui a même grandement modifié le troisième. *Voyez*, au surplus, ses *Institutes*.

(9) En effet, la substitution fidéicommissaire elle-même ne constitue pas une manière d'acquérir à titre universel différente de l'hérédité, pas plus dans notre droit que dans le droit romain ; car, si elle ne s'ouvre jamais, il n'y aura eu qu'une seule transmission, et cette transmission, c'est l'hérédité elle-même ; et si elle s'ouvre, il y aura bien eu en quelque sorte deux transmissions, l'une au profit du grevé, l'autre au profit des appelés ; mais cette dernière ne sera pas moins censée venir, *recta via*, du disposant, et non du grevé ; à tel point que ce que celui-ci aura fait concernant les biens ne sera point obligatoire pour les appelés, du moins généralement : en d'autres termes, il y aura transmission à deux degrés, mais ce sera toujours transmission de l'hérédité, quoique la charge de rendre ne s'exécute qu'au décès du grevé.

Celle à titre universel est l'hérédité, ou la transmission de tous les droits et de toutes les obligations d'une personne décédée, à une ou plusieurs autres qui sont censées la représenter; ce qui comprend non-seulement le cas où la succession est déférée par la loi, mais encore celui où elle est conférée par la volonté expresse de l'homme, soit en vertu d'un testament, soit par une institution faite dans un contrat de mariage (1), ainsi que nous l'expliquerons dans la suite ; tandis que l'acquisition à titre particulier n'a qu'une ou plusieurs choses pour objet; de là cette importante différence.

Dans l'acquisition à titre universel, l'acquéreur prenant la totalité ou une quote-part des biens et des droits qu'avait la personne d'où procède la transmission, il ne la reçoit que sous la tacite obligation d'acquitter proportionnellement les dettes de cette personne, et les charges dont son patrimoine se trouvera grevé; car, comme tous les biens d'un débiteur forment le gage commun de ses créanciers (art. 2092) (2), parce qu'en réalité il n'y a de biens que dettes déduites, son successeur à ces mêmes biens est censé successeur à sa personne, et doit en conséquence satisfaire à ses obligations.

Telle est la raison pour laquelle l'héritier légitime, le légataire universel, ou à titre universel, le donataire par contrat de mariage de tout ou partie des biens que le donateur laissera à son décès, sont tenus des dettes du défunt, soit pour le tout, soit pour une part correspondante à celle qu'ils ont dans l'institution (art. 870, 1220, 1009, 1012, 1084, 1085) (3), suivant ce qui sera développé dans la suite.

Au lieu que l'acquisition, même à titre gratuit, d'un ou plusieurs objets particuliers, ne soumet point par elle-même l'acquéreur à l'obligation personnelle de payer aucune dette du disposant. (Art. 1024.)

12. Ce n'est pas le moment d'agiter la question de savoir si, sous le Code, le légataire universel doit être, sous ce rapport, tellement assimilé à l'héritage légitime, qu'il y ait nécessité pour lui d'accepter sous bénéfice d'inventaire, afin de n'être pas tenu des dettes *ultra vires*, ou s'il lui suffira toujours d'abandonner aux créanciers les biens, dûment constatés, de l'hérédité; cette question trouvera sa place au titre *des Donations et Testaments*. Notre unique objet maintenant est de faire sentir la différence qu'il y a entre le mode d'acquisition à titre universel et le mode à titre particulier. Le premier suppose dans celui qui transmet une plus grande affection pour celui qui reçoit, que ne le fait supposer le second; et, en effet, puisque ce mode est une dévolution de tous les droits, ou du moins d'une quote-part de ces mêmes droits, il substitue, comme on vient de le dire, le successeur au défunt; mais par cela même il le substitue tant passivement qu'activement, tant pour les dettes et charges que pour les biens; tandis que la transmission d'une ou de plusieurs choses seulement ne fait qu'un successeur à ces choses, et nullement à la personne de celui qui les transmet, lors même que c'est à titre purement gratuit; car l'effet de l'acte doit naturellement se borner à ce qui en est l'objet.

13. L'achat même d'un droit d'hérédité ne peut être considéré comme une acquisition à titre universel; car par elle l'acheteur n'acquiert que cette partie des biens de l'héritier vendeur : c'est ce dernier qui a acquis à ce titre, et l'acheteur, quoiqu'il ait reçu l'universalité d'un patrimoine en considérant les biens par rapport au défunt, n'a réellement acquis que des choses particulières, quel qu'en soit le nombre, par rapport à son auteur direct et immédiat. En l'absence de toute convention contraire dans la vente, il est sans doute tenu d'acquitter toutes les dettes de l'hérédité (art. 1698) (4), lors même qu'elles dépasseraient l'actif, et il doit garantir le vendeur des poursuites des créanciers et des légataires, envers lesquels celui-ci demeure obligé par son acceptation et sa qualité d'héritier; mais il reste étranger à toute autre dette qui concernait ce dernier. Son acquisition est donc à titre particulier, comme celle de toute autre collection de biens, par exemple, d'un troupeau, avec cette différence toutefois que les biens de l'hérédité vendue se diminuant virtuellement de la somme

(1) *Nam quicumque in universum succedit, loco heredis habetur*. L. 128, ff *de Reg. juris*.

(2) Code de Hollande, art. 1177.

(3) Code de Hollande, art. 1146, 1335, 134, 224.

(4) Ibid., art. 1575.

de dettes dont ils sont affectés, suivant la règle : *Bona non intelliguntur, nisi ære alieno deducto*, il doit, de droit commun, acquitter ces mêmes dettes, sans répétition.

14. Quant à la confiscation générale, elle est abolie par la charte (art. 57) ; mais elle n'a même jamais été une manière d'acquérir à titre universel distincte de l'hérédité ; car c'était simplement le fisc, au lieu des parents ou des individus du choix de l'homme, qui recueillait les biens, et voilà tout.

L'abolition de cette mesure odieuse, qui poursuivait le père jusque dans ses enfants, qui punissait ceux-ci d'une faute qui n'était point la leur, et qui tant de fois même a été le véritable motif de la proscription de classes entières, est un des plus grands bienfaits dont nous sommes redevables à notre nouveau droit politique. Antonin le Pieux, Marc-Aurèle et Trajan, avaient souvent su mettre un frein à cette avidité du fisc, de s'enrichir des dépouilles des familles ; l'auteur de la charte de 1814 a fait davantage : il a fermé toute voie à ces déplorables spoliations : car il ne faut pas confondre avec la confiscation, l'acquisition, au profit du fisc, par l'effet de la déshérence, comme dans le cas prévu à l'art. 33 (1) du Code civil, relativement aux biens que laisse un mort civilement, et qu'il avait acquis depuis la mort civile : cela n'a point de rapport avec la véritable confiscation.

Nous allons maintenant passer à l'explication de la matière des *successions*, dont il serait superflu de faire sentir l'importance.

TITRE PREMIER.

DES SUCCESSIONS (2).

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES, ET DISTRIBUTION GÉNÉRALE DU SUJET.

SOMMAIRE.

15. *Ce qu'on entend par* succession.
16. *Ce mode de transmission des biens, quoique ayant son principe dans le droit naturel, a néanmoins été soumis à des règles bien différentes chez les divers peuples.*
17. *Toutefois, la conservation des biens dans les familles a été presque partout le principe dominant.*
18. *D'abord, chez les Romains, les biens dont le défunt n'avait pas disposé étaient attribués aux* agnats, *et, dans la suite, par le droit prétorien, aux* cognats *eux-mêmes.*
19. *Les Novelles* 118 *et* 127 *de Justinien sont la base du système adopté par le Code, sauf toutefois de nombreuses modifications.*
20. *Par elles Justinien supprima toute différence entre les émancipés et les non émancipés, les* agnats *et les* cognats.
21. *Indication sommaire des notables changements que le Code a introduits à l'ancien droit coutumier, sous le rapport de l'origine et de la nature des biens.*
22. *Dans la dévolution de la succession, nos législateurs ont généralement considéré l'affection présumée du défunt.*
23. *D'après cela, on a déféré les biens par préférence aux descendants.*
24. *A défaut de descendants, on les a déférés aux ascendants.*
25. *Néanmoins on a modifié ce second ordre en faveur des frères ou sœurs et de leurs descendants.*
26. *Le troisième ordre d'héritiers est celui des collatéraux.*
27. *Cependant, quand la succession est déférée aux ascendants ou aux collatéraux, on a cru devoir la diviser en deux parts égales entre les parents des deux lignes respectivement.*
28. *Cette division ne se fait pas, parce qu'elle n'est pas utile quand les collatéraux sont des frères ou sœurs germains, ou descendants d'eux.*
29. *On ne donne ici qu'une idée générale des règles sur la dévolution.*
30. *Pourquoi, puisque ce n'est qu'à défaut de dis-*

(1) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(2) On peut consulter sur cette matière, parmi les anciens auteurs qui l'ont traitée, Lebrun, dont l'ouvrage, quoique diffus, renferme néanmoins d'excellentes observations ; celui de Pothier, mais qui n'ayant été imprimé qu'après sa mort, est moins estimé que la plupart de ses autres traités.

Parmi les modernes, le Commentaire de M. Chabot de l'Allier, M. Delvincourt, dans son *Cours de droit civil*, ainsi que M. Toullier, dans le sien, et les *Répertoires* de MM. Merlin et Favard de Langlade, au mot *Successions*, surtout celui de ce dernier, qui, plus dégagé de l'ancien droit, lequel n'est plus, pour nous, en grande partie que de l'histoire sur cette matière, est beaucoup plus complet sur les objets dont il traite d'après les principes nouveaux, et offre un guide aussi beaucoup plus sûr. On y trouve un grand nombre de *tableaux* généalogiques, s'appliquant à la plupart des cas les plus compliqués, et qui sont très-bien faits. Nous avons suppléé à ces tableaux par d'autres démonstrations.

positions de l'homme que la loi règle la transmission de ses biens, n'a-t-on pas d'abord tracé les règles des donations et des testaments?

31. *Dans notre droit, et à la différence du droit romain, la succession* ab intestat *peut très-bien concourir avec celle qui est déférée par testament.*

32. *Les règles sur les successions sont très-multipliées, et elles devaient l'être pour prévenir les difficultés que présentait la matière.*

33. *Division générale du sujet.*

15. De toutes les manières de transmettre et d'acquérir la propriété des biens, la plus importante et la plus étendue, celle que les lois de tous les peuples ont environnée de plus de faveur, c'est sans contredit l'*hérédité*, ou la *succession*, c'est-à-dire la transmission de tous les droits et de toutes les obligations d'une personne décédée à une ou plusieurs autres personnes (1).

16. Cependant, quoique ce mode de transmission des biens ait évidemment son principe et son fondement dans le droit naturel, puisque rien ne saurait être plus juste et plus raisonnable que la substitution des enfants aux droits de leur père, après sa mort, néanmoins il est peu de matières sur lesquelles le droit particulier de chaque peuple ait établi des règles plus variées, et même quelquefois plus contradictoires. C'est pour cette raison, sans doute, que chez tous les peuples policés on a presque constamment rangé le droit de succéder au nombre des droits civils, en le refusant aux parents étrangers (2). Le système politique de chaque État a toujours, en effet, plus ou moins influé sur celui de la dévolution des biens par voie d'hérédité, et le droit civil, en cette matière, s'est en général adapté au droit politique, soit comme moyen, soit comme but.

17. Toutefois, la conservation des biens dans les familles a toujours été l'objet principal de l'attention des législateurs. Soit que l'on se reporte aux institutions que Moïse donna aux Hébreux, soit que l'on jette un coup d'œil sur celles que Lycurgue et Solon tracèrent aux deux premiers peuples de la Grèce, soit enfin que l'on consulte la loi des Douze Tables, qui formait la base de la législation romaine, l'on demeure convaincu de cette vérité, qui est d'ailleurs trop authentique pour avoir besoin d'une plus grande démonstration.

18. Par la composition de la famille *civile* (3), les Romains n'attribuèrent même d'abord les biens qu'à ceux qui faisaient encore partie de cette famille au moment de la mort du défunt, quand il n'en avait pas disposé par testament; et ce n'a été que plus tard, et successivement, que les préteurs, élevant, par leurs *édits*, une sorte de législation à côté de la véritable, accordèrent aux enfants sortis de la famille par l'émancipation, et, à leur défaut, à d'autres parents (4), la possession des biens, mais avec les principaux effets attachés à la dévolution de l'hérédité légale elle-même.

19. L'historique des différents systèmes qui se sont succédé à ce sujet dans la législation romaine jusqu'à Justinien, c'est-à-dire dans une période de plusieurs siècles, exigerait des développements très-utiles, sans doute, pour la connaissance du droit romain, mais sans beaucoup d'intérêt pour l'explication de notre loi sur les *successions*. Il nous suffira de dire, quant à présent, que ce sont les *Novelles* 118 et 127 de cet empereur (5), généralement suivies dans celles de nos anciennes provinces qui étaient régies par le *droit écrit* (ou le droit romain), qui en sont la base quant à l'ordre général adopté par les rédacteurs du Code dans la dévolution des biens aux parents.

(1) *Hereditas nihil aliud est quam successio in universum jus quod defunctus habuit.* L. 24, ff. *de Verb. signif.*; L. 6, § 2, ff. *de Reg. juris.*

On entend aussi parfois, par *hérédité* ou *succession*, les biens qui la composent. C'est ainsi notamment qu'à l'art. 1696 il est dit : Celui qui vend une *hérédité*, etc., pour signifier le droit aux choses qui composent l'hérédité; mais non pour signifier le mode de transmission des biens par cette voie, dont on s'occupe dans le présent titre, pour en régler les effets.

(2) La loi du 14 juillet 1819, dont nous parlerons bientôt, est basée sur d'autres principes.

(3) Par *famille civile* nous entendons parler des rapports *civils* qui existaient entre le père de famille et ses enfants ou petits-enfants placés sous sa puissance, parce qu'il ne les avait pas émancipés; mais nous ne prenons pas ces mots par opposition aux rapports qui existaient alors, comme aujourd'hui, entre le père et ses enfants *naturels*, c'est-à-dire nés hors mariage.

(4) Il y avait plusieurs cas *de possession des biens*; ils étaient même très nombreux : on peut voir à cet égard les *Institutes* de Justinien. Nous ne pouvons entrer dans les détails de cette matière.

(5) *Voyez* aussi la Novelle 84.

20. Ces *Novelles*, dont nous aurons successivement occasion de faire connaître les principales dispositions, en signalant aussi les points dans lesquels on s'en est écarté, abrogeaient (1) ainsi toute distinction entre les enfants émancipés et ceux qui ne l'avaient point été, de même qu'entre les *cognats* et les *agnats*. Elles déféraient les biens généralement aux plus proches parents, d'après l'affection présumée du défunt, et sans considérer la nature des choses ni leur origine (2); et c'est aussi un des principes fondamentaux de notre loi sur la matière. (Art. 732) (3).

21. Ainsi, il n'y a plus, comme jadis dans nos pays coutumiers, des héritiers aux meubles et des héritiers aux immeubles; des héritiers aux *propres* et des héritiers aux *acquêts* (4). On ne voit plus aujourd'hui tel parent, qui aurait été anciennement appelé à l'hérédité dans telle localité, si elle s'y était ouverte, et qui en aurait été écarté par d'autres, souvent en degré plus éloigné, si elle se fût ouverte dans la localité voisine. C'était surtout en cette matière que se faisait sentir l'impérieux besoin d'une loi uniforme pour toute la France, et l'abrogation de toutes ces coutumes diverses, contradictoires, qui faisaient, sous ce rapport, cent peuples d'un même peuple. Aujourd'hui, la dévolution des biens à tel ou tel parent plutôt qu'à tel ou tel autre, ne dépend plus de ce qui n'est bien souvent que l'effet du hasard ou de circonstances particulières, le choix du domicile : en quelque lieu que le défunt ait fixé le sien, sa succession sera toujours régie par les mêmes principes, ses héritiers seront toujours les mêmes individus; tandis qu'anciennement, comme la dévolution des biens par voie d'hérédité se règle par la loi du domicile du défunt au moment de sa mort, et que cette loi variait à l'infini à raison de la diversité des coutumes et des statuts locaux, le changement de domicile, d'un moment à l'autre, faisait passer les biens à telle personne qui n'y aurait eu aucun droit, ou qui n'y aurait eu que des droits moins avantageux, si le défunt n'eût pas fait ce changement.

22. Ce que nos législateurs, qui ont en cela généralement imité Justinien, ont uniquement considéré dans la dévolution ou transmission des biens par voie de succession, c'est l'affection présumée du défunt pour ceux qui lui tenaient par le sang. Ils ont, en quelque sorte, fait son testament, quand il n'a pas jugé à propos d'en faire un lui-même pour désigner plus positivement les objets de son affection particulière : tout l'esprit de la loi sur la matière repose sur cette idée vraie et naturelle, qui a pour elle l'expérience générale des temps et des lieux, nonobstant les différences que la diversité des systèmes politiques a pu apporter dans celui des successions.

23. Mais les philosophes ayant généralement remarqué que nous avons une plus vive affection pour ceux qui nous doivent le jour, que pour ceux à qui nous le devons, nos biens, après notre mort, doivent par conséquent passer aux premiers, de préférence aux seconds. Ils en ont d'ailleurs plus généralement besoin, puisque, plus jeunes, ils ont eu moins d'occasions d'en acquérir. Aussi le premier ordre d'héritiers se compose-t-il des enfants et descendants du défunt; des *descendants*, qui remplacent leurs pères et mères, s'ils ont le malheur de les avoir perdus, ou si ceux-ci, pour autre cause, ne peuvent arriver à la succession.

24. Le second ordre se compose des ascen-

(1) C'est toutefois la Novelle 118e qui a fait cette abrogation.

(2) La Novelle 84 attribuait aux frères consanguins les biens qui étaient venus au défunt du côté paternel, et aux frères utérins, ceux qui lui étaient provenus du côté maternel. Mais cela a été changé par la Novelle 118, qui toutefois consacrait le privilége du *double lien*.

(3) Code de Hollande, art. 896.

(4) On appelait *acquêts* les immeubles qui avaient été acquis par le défunt, et qui lui étaient avenus à tout autre titre que celui de succession. Comme les biens meubles, ils appartenaient communément aux plus proches parents.

On appelait *propres* les immeubles que le défunt avait recueillis par succession.

On distinguait les propres *réels* et les propres *fictifs*, les propres *conventionnels*, les propres *anciens*, c'est-à-dire ceux qui avaient déjà la qualité de *propres* lorsque le défunt les avait lui-même recueillis; les propres *naissants*, c'est-à-dire ceux qui n'avaient acquis cette qualité que dans la personne du défunt; les propres *paternels* et les propres *maternels;* enfin les propres de *ligne*, c'est-à-dire ceux affectés aux parents d'un seul côté, et les propres sans *ligne*, ou qui venaient de la succession d'une personne qui était parente au défunt des deux côtés.

Ces nombreuses distinctions entre les biens d'un défunt donnaient lieu à une multitude de difficultés et de procès, dans une matière qui offre par elle-même un si grand nombre de points difficiles.

dants, parce qu'après cette première affection vient celle que nous avons pour les auteurs et la source de notre sang. Et comme cette affection est encore naturellement plus forte envers nos ascendants les plus proches qu'envers les plus éloignés, ce n'est qu'à défaut des premiers que les biens sont dévolus aux seconds.

25. Néanmoins l'amour fraternel est généralement aussi vif que celui que nous portons à nos ascendants, même du premier degré. L'habitude d'être ensemble jusqu'à un âge plus ou moins avancé, ces jouissances et ces chagrins partagés par tous les enfants d'un même père, cette existence commune, et cette intimité qui en est ordinairement la suite, donnent à cet amour une force aussi grande, que celle de l'amour que le respect, la reconnaissance, et d'autres sentiments encore, nous suggèrent pour nos ascendants; et telle est la raison pour laquelle nos législateurs ont voulu que les frères et sœurs du défunt, et leurs enfants et descendants, qui les représentent, concourussent avec les ascendants du premier degré, et dussent même exclure ceux d'un degré plus éloigné.

26. Enfin, à défaut de descendants et d'ascendants, l'affection ne pouvant ni descendre ni remonter, elle se reporte naturellement sur les parents collatéraux, et la succession, par une conséquence du principe qui a présidé à sa dévolution, passe aux plus proches de ces parents.

27. Cependant, comme les biens du défunt ont pu lui provenir de ses parents dans l'une et l'autre ligne, que c'est même ce qui arrive le plus fréquemment, on a conclu de cette observation qu'il était juste de diviser d'abord en deux parts égales toute succession échue à des ascendants ou à des collatéraux : moitié pour les parents de la ligne paternelle, moitié pour ceux de la ligne maternelle, sans préjudice encore du droit qu'ont les ascendants donateurs, de succéder seuls aux choses par eux données à leurs enfants ou descendants décédés sans postérité, dans les cas et sous les conditions exprimées par la loi. Par cette division on a corrigé, du moins en partie, ce qu'il pouvait y avoir de fâcheux dans le passage trop brusque, dans une famille, des biens qui provenaient d'une autre famille.

28. Cette division ordonnée par la loi dans toute succession échue à des collatéraux ou à des ascendants, ne se fait toutefois qu'implicitement, ou même est superflue, quand la succession est seulement déférée à des frères ou sœurs germains ou descendants d'eux; car ils prennent dans un partage par tête ou par souche la même portion que si l'hérédité était préalablement divisée en deux parts égales. Mais quand les frères et sœurs, ou leurs descendants, n'étaient unis au défunt que d'un seul côté, soit paternel, soit maternel, et qu'il y a aussi des germains, ou des descendants d'eux, la division, au moins fictive, dont il vient d'être parlé, s'opère dans les effets par le droit qu'ont les frères ou neveux de cette dernière classe, de prendre part dans les deux lignes, tandis que les consanguins ou les utérins ne prennent part chacun que dans leur ligne.

29. Mais ce sera par le développement successif de la matière que toute la théorie de la loi pourra facilement se démontrer; nous n'avons d'autre but ici que d'indiquer le principe d'où l'on est parti pour régler la dévolution de l'hérédité, et de signaler les motifs sur lesquels il est fondé.

30. Comme ce n'est que d'après la présomption d'affection du défunt envers ses parents, et par suite d'après celle de sa volonté, que la loi défère sa succession aux personnes qu'elle indique, l'ordre des idées semblait demander que les rédacteurs du Code donnassent, dans la distribution des matières, la priorité à la loi des *Donations et Testaments* sur celle des *Successions ab intestat*. Aussi c'était cet ordre qu'avaient suivi les rédacteurs des Institutes de Justinien. Mais on peut néanmoins justifier la classification qu'ont adoptée les rédacteurs de notre Code civil, en disant que chez nous, où les testaments sont beaucoup moins fréquents qu'à Rome, la dévolution légale est la plus commune, la plus générale; que, fondée sur la présomption de volonté des défunts, à raison de leur affection pour leurs parents, c'est comme si c'étaient eux-mêmes qui eussent disposé de leurs biens; que telle est la

règle commune, mais que lorsqu'ils y ont dérogé par la manifestation d'une volonté différente, alors c'est une exception à cette règle : or toute exception suit la règle, et ne la précède pas. D'ailleurs, ordinairement il y a des enfants ou descendants, ou des ascendants, et la loi actuelle leur réservant une quotité des biens, c'est à eux que les héritiers testamentaires, même de fait institués pour l'universalité de l'hérédité, doivent demander la délivrance, parce que les premiers sont saisis par la loi, comme on le verra bientôt. C'est donc une raison de plus pour traiter de la succession légitime avant de traiter de celle qui est déférée en vertu d'une disposition spéciale de l'homme.

31. Au reste, la succession testamentaire peut, chez nous, concourir avec la succession légitime ou déférée par la loi, tandis que, dans le droit romain, à l'exception des militaires, nul ne pouvait avoir tout à la fois des héritiers de l'une et de l'autre classe (1).

32. Pour être complète et régir tous les cas qui peuvent se présenter dans cette importante matière, la loi sur *les Successions* devait nécessairement comprendre un grand nombre de dispositions, et ses rédacteurs en ont établi l'économie et la distribution de la manière suivante, qui embrasse parfaitement tout le sujet, à l'exception toutefois des règles sur la *pétition d'hérédité*, dont il n'est pas parlé dans le Code, si ce n'est à l'art. 137 (2), au titre *des Absents* (3), et qui auraient cependant mérité d'être développées sous celui que nous traitons maintenant.

33. Ainsi, ils ont divisé ce titre en six chapitres ou objets principaux.

Le premier traite de l'ouverture des successions et de la saisine des héritiers ;

Le second, des qualités requises pour succéder ;

Le troisième, des divers ordres de successions ;

Le quatrième, des successions irrégulières ;

Le cinquième, de l'acceptation et de la répudiation des successions ;

Et le sixième, du partage et des rapports.

Nous suivrons cette division générale, qui nous paraît exacte, et nous ferons, comme le Code, mais quelquefois un peu différemment, les subdivisions qui nous paraîtront utiles.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'OUVERTURE DES SUCCESSIONS, ET DE LA SAISINE DES HÉRITIERS.

Nous traiterons d'abord de l'ouverture des successions, et ensuite de la saisine des héritiers. Ce sera l'objet des deux sections suivantes.

SECTION PREMIÈRE.

DE L'OUVERTURE DES SUCCESSIONS.

SOMMAIRE.

34. *Les successions s'ouvrent par la mort naturelle ou civile.*
35. *De quel moment la succession est ouverte, lorsque la condamnation à une peine emportant mort civile est contradictoire;*
36. *Et lorsqu'elle a été prononcée par contumace.*
37. *Les effets de la mort civile, quant à l'ouverture de la succession du condamné, sont irrévocables.*
38. *Il n'y a pas de difficulté dans le cas de mort naturelle, lorsqu'elle est constante, et qu'il est constant aussi que la personne appelée a survécu; mais la preuve de l'un ou de l'autre de ces faits peut manquer.*
39. *Pour le cas* d'absence, *renvoi à ce qui a été expliqué au tome premier.*
40. *La mort d'une personne peut être très-certaine, sans qu'il soit également certain à quel moment précis elle est décédée.*

(1) *Nemo, nisi sit miles, partim testatus, partim intestatus, decedere potest.* L. 7, ff. *de Reg. juris.* Vinnius, sur le § 5, Inst., *de Heredib. instit.*, donne une explication plus ou moins satisfaisante de cette règle, dont on avait cependant cru devoir s'écarter en faveur des militaires, parce que, dit Justinien à l'endroit cité, on ne considère, dans leurs testaments, que leur seule volonté.

(2) Code de Hollande, art. 547.

(3) *Voyez* à ce sujet ce qui a été exposé au tome I, nos 543 et suivants. Mais nous aurons encore occasion de parler de la pétition d'hérédité, et de renvoyer à l'endroit cité pour les développements.

41. *Il est même possible que le corps n'ait pu être retrouvé.*
42. Quid *lorsque, dans les cas ordinaires, la mention de l'heure ou même du jour du décès ne se trouve pas dans l'acte qui en a été dressé?*
43. *Texte des articles 720, 721 et 722, sur le cas où plusieurs personnes respectivement appelées à se succéder périssent dans un même événement.*
44. *Divers exemples de cas où les règles tracées par ces articles sont applicables.*
45. *Il n'est pas de rigueur, pour qu'elles le soient, que les personnes qui ont péri ensemble fussent toutes réciproquement présomptives héritières les unes des autres.*
46. *Importance de la décision sous un autre rapport.*
47. *Suite.*
48. *Mais les présomptions de survie mentionnées aux articles précités n'ont lieu qu'en matière de succession* ab intestat.
49. Quid *en ce qui touche les donations de biens à venir?*
50. Quid *aussi quant aux avantages que se sont faits des conjoints en cas de survie, et des stipulations de communauté qu'ils ont pu faire pour ce cas?*
51. *Comment, en matière de succession* ab intestat, *s'établit la survie.*
52. *Du cas singulier où deux jumeaux périssent dans le même événement.*

34. Suivant l'article 718, les successions s'ouvrent par la mort naturelle et par la mort civile (1).

La succession est ouverte par la mort civile, d'après l'article 719, du moment où cette mort est encourue, conformément aux dispositions de la section II du chapitre II du titre *de la Jouissance et de la Privation des droits civils.*

35. Comme nous avons suffisamment développé la théorie de la loi sur ce point, au tome I de cet ouvrage, nous nous bornerons à rappeler ici succinctement les principes généraux de l'ouverture des successions par cette cause.

Quand la condamnation à une peine emportant mort civile est contradictoire, la mort civile est encourue du moment précis de l'exécution du jugement, soit réelle, soit par effigie (art. 26); par conséquent, l'ouverture de la succession et la dévolution des biens se sont opérées à l'instant même, au profit des héritiers les plus proches à ce moment

Cet article 26 dit, il est vrai, que la mort civile n'est encourue qu'à compter *du jour* de l'exécution, soit réelle, soit par effigie; d'où quelques personnes ont voulu conclure qu'elle était encourue du commencement du jour, comme d'autres ont pensé qu'elle ne l'était que de la fin de ce jour; mais nous avons démontré (tome I, n° 221), que ces mots, *du jour,* devaient s'entendre du moment même de l'exécution, et, à l'appui de cette interprétation, nous avons invoqué la loi du 20 prairial an IV (2), qui, quoique antérieure au Code civil, en est néanmoins un très-bon commentaire sur le point en question, surtout si on la rapproche des articles 720, 721, 722 (3), fondés sur le même principe.

36. Lorsque la condamnation a eu lieu par contumace, comme la mort civile n'est encourue qu'à l'expiration des cinq ans qui ont suivi l'exécution du jugement par effigie (article 27), la succession n'est réellement ouverte qu'à cette époque.

37. Mais elle l'est avec des effets irrévocables, quand bien même le condamné se représenterait ou serait arrêté après les cinq ans, quoique avant les vingt ans depuis la date de l'arrêt (époque où la peine étant prescrite, il ne peut plus purger la contumace, même à l'effet de rentrer dans la vie civile pour l'avenir : articles 635, 641, Cod. d'instr. crimin., et 32, Cod. civ.), et qu'il serait absous, ou acquitté, ou condamné à une peine n'emportant pas mort civile; car, comme dans cette situation il ne peut rentrer dans la vie civile que pour l'avenir, sans préjudice des effets que la mort civile a produits pour le passé (arti-

(1) La mort civile est abolie en Belgique et en Hollande.

(2) Cette loi porte que « lorsque des ascendants, des descendants et autres personnes qui se succèdent *de droit*, auront été condamnées au dernier supplice, et que, mis à mort dans une même exécution, *il devient impossible de constater leur prédécès*, le plus jeune est présumé avoir survécu. » Et cependant, d'après les systèmes que nous réfutons, les parents seraient censés morts simultanément, et aucun des deux ne succéderait par conséquent à l'autre, ce qui intervertirait nécessairement l'ordre de dévolution des biens par voie de succession.

(3) Code de Hollande, art. 878.

cles 30, Cod. civ., et 476, Cod. d'instr. crim.), au nombre desquels est l'ouverture de la succession au profit des héritiers (art. 25, Cod. civ.), la conséquence nécessaire est que la succession a été irrévocablement dévolue à ceux qui étaient appelés par la loi pour la recueillir à l'époque où la mort civile a été encourue, c'est-à-dire à l'expiration des cinq ans qui ont suivi l'exécution du jugement par effigie (1).

38. Voilà pour le cas de la mort civile.

Quant à celui de mort naturelle, il n'y a pas de difficulté lorsque la mort est constante, et qu'il est constant aussi que la personne appelée par la loi à la succession a survécu au décédé. Mais ces deux faits ne sont pas toujours certains, et cependant il est quelquefois important de connaître le jour, même le moment précis du décès d'une personne; car tel, par exemple, qui aurait été exclu d'une succession par un parent plus proche, si elle s'était ouverte hier, y sera, au contraire, appelé si elle ne s'ouvre qu'aujourd'hui, parce que ce parent plus proche, qui vivait hier, est venu à mourir avant celui de la succession duquel il s'agit, et qu'il n'a pu, en conséquence, en transmettre les biens à ses propres héritiers, faute de les avoir lui-même recueillis ; car, pour succéder à quelqu'un, il faut nécessairement exister à l'époque où s'ouvre la succession, c'est-à-dire au moment du décès de la personne (article 725) (2) ; le tout, sans préjudice du cas où il y a lieu à la représentation ; mais alors ce sont les représentants, et non le représenté, qui sont héritiers.

39. La mort d'un individu peut être très-vraisemblable, mais sans être certaine, sans pouvoir être prouvée : ce cas est celui de l'*absence*, dont les règles ont été développées au tome I, au titre *des Absents*. De ces règles, les unes concernent les biens de l'absent lui-même; les autres sont relatives au cas où une succession à laquelle il était appelé par son degré de parenté est venue à s'ouvrir, sans que ceux qui voudraient y exercer ses droits puissent prouver qu'il existait au moment de l'ouverture de ladite succession. Nous nous dispenserons de les retracer ici, afin d'éviter toute répétition inutile.

40. D'un autre côté, la mort d'une personne peut être très-certaine, sans cependant qu'on puisse toujours prouver à quel moment précis elle a eu lieu.

Trois cas, en effet, peuvent se présenter, dans lesquels cette preuve peut manquer, ou être très-difficile à administrer.

41. Premièrement, il est possible que le corps de la personne n'ait point été retrouvé, parce qu'elle a péri dans une mine (3), carrière, ou tourbière, ou dans un naufrage, un incendie, etc. : comme il n'y a pas eu d'inhumation, ni par cela même d'acte de décès, la preuve du moment précis où il a eu lieu ne peut être administrée que par d'autres voies, telles que les procès-verbaux qui ont pu être dressés, le témoignage des personnes qui ont été témoins de l'accident; et souvent encore cette preuve ne pourra-t-elle établir avec un rigoureuse exactitude ce moment.

42. Secondement, lorsque, même dans un cas ordinaire de décès, l'heure où il a eu lieu n'a pas été indiquée dans l'acte qui en a été dressé. L'article 79 (4), qui trace les formalités de ces sortes d'actes, ne parle point, en effet, de cette mention, ni même de celle du *jour*, quoique ces énonciations eussent dû cependant paraître d'une grande importance : aussi, dans les formulaires qui ont été remis aux officiers de l'état civil pour leur servir de guide dans la rédaction des actes, n'ont-elles point été oubliées ; mais, de fait, elles ont pu avoir été négligées dans un acte.

(1) Nous avons démontré ce point jusqu'à la dernière évidence, au tome I, nos 229-236 et 237, où nous réfutons l'opinion contraire de plusieurs jurisconsultes, notamment celle de l'un d'eux, qui fait une distinction entre le cas où le condamné qui ne se représente ou qui n'est arrêté qu'après les cinq ans, est *acquitté*, et le cas où il est seulement *absous*, lui rendant ainsi ses biens dans le premier, mais non dans le second : distinction qui n'est nullement fondée sur l'esprit de la loi.

(2) Code de Hollande, art. 883.

(3) Dans le cas où l'on n'a pu retrouver les cadavres de ceux qui ont péri dans les mines, il est dressé procès-verbal par le maire ou autre officier public, qui le transmet au procureur du roi, à la diligence duquel, et sur l'autorisation du tribunal, cet acte est annexé au registre de l'état civil. Décret du 3 janvier 1813 (*Bull.* 8331), contenant des dispositions relatives à l'exploitation des mines, ainsi qu'il a été dit au tome I, no 330.

(4) Code de Hollande, art. 51.

Dans ce cas, ceux qui auront intérêt à prouver que le décès a eu lieu tel jour, à telle heure, pourront le prouver, soit par témoins, car c'est un fait nu, soit par des preuves morales, ou, en d'autres termes, par un concours de circonstances propres à justifier de leur prétention à cet égard. Et dans le cas même où deux personnes héritières l'une de l'autre seraient mortes, non dans le même événement (car ce serait le troisième cas, qui va être expliqué), mais le même jour, sans qu'aucun des actes de décès fît mention de l'heure où il a eu lieu, les preuves dont il vient d'être parlé manquant, ou paraissant aux juges insuffisantes, on devrait appliquer la présomption de survie qui donne ouverture à la succession dans l'ordre de la nature; en conséquence, le plus jeune serait présumé avoir survécu au plus âgé, quand même ils seraient de sexe différent (1).

Au surplus, si la mention, dans l'acte de décès, du jour et de l'heure du décès, fait preuve par elle-même, cette preuve du moins peut être combattue par d'autres; et nonobstant la disposition générale de l'article 45 (2), qui porte que les extraits délivrés conformes aux registres font foi jusqu'à inscription de faux, il ne serait pas nécessaire, du moins selon notre opinion, de s'inscrire en faux contre la fausse énonciation du jour et de l'heure du décès dans un acte de l'état civil; car, comme nous l'avons dit en parlant de ces actes (3), l'article 79 ne prescrit pas ces énonciations, qui peuvent être très-fautives dans beaucoup de cas, en admettant même que les déclarants les aient faites de bonne foi; dès lors la loi n'en a pas dû faire une formalité substantielle de l'acte : c'eût été laisser aux déclarants une trop grande influence sur les droits des parties intéressées. Il est vrai qu'elles auraient eu la ressource de l'inscription de faux; mais c'est toujours un moyen pénible, et dont le succès est douteux : il était donc plus sage de ne point les réduire à l'employer en pareil cas, et d'écarter de la substance de l'acte l'énonciation des jour et heure du décès, afin que cette mention, qui y est ordinairement faite, et qui est même très-utile, parce qu'elle est le plus souvent conforme à la vérité du fait, pût être, dans les cas contraires, combattue par d'autres moyens que l'inscription de faux, du moins que l'inscription de faux principal, quoique les déclarants vécussent encore, et que la prescription du fait de la fausse déclaration ne fût point encore acquise. D'ailleurs, ils ont pu être de bonne foi, et cependant avoir fait une déclaration fautive. On peut donc la combattre par le témoignage contraire de personnes qui attesteraient que le décès a eu lieu un autre jour, ou à une autre heure, que ceux qui sont mentionnés dans l'acte (4). Tout au moins on peut le faire, dans tous les cas, par la simple inscription de faux incident, celle qui est dirigée uniquement contre la pièce.

45. Le troisième cas est celui prévu aux articles 720, 721 et 722, ainsi conçus (5):

« Si plusieurs personnes, respectivement appe-
« lées à la succession l'une de l'autre, périssent
« dans un même événement, sans qu'on puisse
« reconnaître laquelle est décédée la première,
« la présomption de survie est déterminée par les
« circonstances du fait, et, à leur défaut, par la
« force de l'âge ou du sexe.

« Si ceux qui ont péri ensemble avaient moins
« de quinze ans, le plus âgé sera présumé avoir
« survécu.

« S'ils étaient tous au-dessus de soixante ans,
« le moins âgé sera présumé avoir survécu (6).

(1) On sent, en effet, que si dans le cas où deux personnes périssent dans le même événement, la faiblesse de l'âge de l'une d'elles, ou son âge trop avancé relativement à celui de l'autre, ainsi que la différence de sexe, peuvent exercer de l'influence sur la décision de la question de survie, cette influence est nulle quand il s'agit de personnes qui sont mortes de mort naturelle ou dans des événements divers.

(2) Code de Hollande, art. 24.

(3) Tome I, nº 323.

(4) Notre opinion trouve encore un appui dans l'esprit qui a présidé à la rédaction du décret du 4 juillet 1806 (*voy.* tome I, nº 329), relatif à la présentation, à l'officier de l'état civil, d'un enfant mort dont la naissance n'a pas été enregistrée. L'officier doit bien inscrire dans l'acte, la déclaration des témoins touchant les noms, prénoms, qualités et demeure des père et mère, et la désignation des an, jour et heure auxquels l'enfant est sorti du sein de sa mère, mais sans qu'il puisse néanmoins résulter des diverses énonciations qui pourraient être faites, aucun préjugé sur la question de savoir si l'enfant a eu vie ou non. Aussi ne doit-il pas exprimer qu'un tel enfant est décédé, mais seulement qu'il lui a été présenté sans vie. On voit par là combien ces déclarations ont paru suspectes : eh bien! celle de *l'heure* du décès d'une personne, dans mille et mille circonstances, peut être aussi fautive, puisqu'elle n'est pas soumise à la contradiction lorsqu'elle est faite.

(5) C'est la célèbre question *de commorientibus*, qui a été traitée par presque tous les auteurs avec beaucoup d'étendue.

(6) Sans distinction de sexe. Cette distinction n'a lieu que

« Si les uns avaient moins de quinze ans, et « les autres plus de soixante, les premiers (1) « seraient présumés avoir survécu.

« Si ceux qui ont péri ensemble avaient quinze « ans accomplis, et moins de soixante (2), le « mâle est présumé avoir survécu lorsqu'il y a « égalité d'âge, ou si la différence n'excède pas « une année.

« S'ils étaient de même sexe, la présomption « de survie, qui donne ouverture à la succession « dans l'ordre de la nature, doit être admise : « ainsi le plus jeune est présumé avoir survécu « au plus âgé. »

44. Il convient de donner quelques exemples de cas où ces règles seront applicables, à défaut, bien entendu, de la preuve positive de la survie de tel ou tel d'entre ceux qui ont péri dans le même événement, ou de circonstances (3) du fait propres à la démontrer. Nous choisirons les plus simples et les plus faciles à saisir.

Supposons que Pierre et Paul, frères consanguins, c'est-à-dire nés du même père, mais non de la même mère, et n'ayant aucun descendant ni l'un ni l'autre, aient péri dans un naufrage, dans la ruine d'un bâtiment ou dans une mine, sans qu'on puisse établir quel est celui qui a survécu à l'autre.

Si, d'après les présomptions ci-dessus, l'on doit décider que c'est Paul, sa succession, dans laquelle s'est confondue celle de Pierre, par l'effet de la maxime: *Le mort saisit le vif*, que nous expliquerons bientôt, sa succession, disons-nous, appartiendra pour moitié à son plus proche parent paternel, qui est bien aussi celui de Pierre ; mais elle appartiendra pour l'autre moitié à son plus proche parent maternel, qui est étranger à ce dernier, puisque celui-ci est né d'une autre mère. En sens inverse, si c'est Pierre qui est censé avoir survécu, sa succession, qui comprend par la même raison celle de Paul, sera dévolue pour moitié à son plus proche parent paternel ; mais, pour l'autre moitié, à son plus proche parent maternel, qui est étranger à Paul. Ainsi, dans la première hypothèse, les parents maternels de Pierre n'auraient rien ni dans l'une ni dans l'autre succession, tandis que les parents maternels de Paul auraient la moitié de tous les biens réunis ; et dans la seconde supposition, ces derniers seraient exclus, et les parents maternels de Pierre auraient la part affectée à leur ligne.

Ces décisions, comme de raison, seront les mêmes si l'on suppose que les deux frères, au lieu d'être consanguins, étaient utérins, c'est-à-dire nés de la même mère, et de pères différents ; en ce sens, que la moitié de la succession du survivant, comprenant celle du prédécédé, appartiendra à son plus proche parent maternel, et l'autre moitié à son plus proche parent paternel, qui est étranger au prédécédé.

Elles seront applicables aussi au cas où les individus étaient cousins germains, paternels ou maternels, n'importe, ou cousins à des degrés plus éloignés.

Que l'on suppose aussi que Paul ait son père et un frère utérin ; qu'il meure dans le même événement avec son père sans laisser d'enfants ni d'autre ascendant : si l'on décide qu'il est mort le premier, son père lui a succédé pour un quart,

dans le cas où les deux individus avaient plus de quinze ans et moins de soixante, et que la différence d'âge n'était pas de plus d'une année.

(1) D'où résulte cette conséquence contraire à la nature des choses, et même avec le système général de la loi sur ces cas, qu'un enfant de quelques jours sera présumé avoir survécu à un homme de soixante ans et quelques jours ; qu'il aura lutté plus longtemps que lui contre le danger commun, contre la mort. Mais il fallait cependant établir des classifications à raison des âges, pour laisser moins de prise à l'arbitraire ; et les eût-on multipliées davantage, il y aurait toujours eu dans tel ou tel cas quelque chose à reprocher à la vraisemblance de telle ou telle présomption que la loi en aurait fait résulter. D'ailleurs, les circonstances du fait devant d'abord servir de guide au juge avant de recourir à ces présomptions, celle qui est l'objet de ces observations sera généralement moins fautive qu'on ne serait porté à le croire au premier aperçu.

Le Code ne décide pas explicitement le cas où l'un des individus aurait moins de quinze ans et l'autre plus, mais moins de soixante ans ; mais il décide implicitement la question de survie en faveur de ce dernier, par cela même qu'il ne la décide en faveur du premier que dans le cas où le parent aurait plus de soixante ans. Il suppose évidemment que la personne âgée de moins de quinze ans a moins de force que celle qui est au-dessus de cet âge, mais qui n'a pas encore soixante ans ; il présume que celui qui a seize ans, par exemple, est plus fort que celui qui n'en a que cinq, puisqu'il présume que celui-ci est plus fort que celui qui n'en a que quatre.

(2) A plus forte raison, si les uns avaient plus de soixante ans quand les autres en avaient moins, les plus jeunes seraient-ils présumés avoir survécu ; mais la différence de sexe ne ferait pas fléchir la présomption, tandis que, lorsque tous étaient âgés de quinze ans accomplis, mais de moins de soixante, le mâle, comme il est dit au texte, est présumé avoir survécu lorsqu'il y a égalité d'âge, ou lorsque la différence n'excède pas une année.

(3) Nous donnerons plus bas quelques exemples de ces circonstances.

et a transmis ce quart, confondu dans sa propre succession, à ses plus proches parents paternels et maternels, qui sont étrangers au frère utérin. Mais si l'on doit décider, au contraire, qu'il est mort le dernier, il a recueilli la succession de son père, et l'a transmise en totalité avec la sienne propre, dans laquelle elle s'est confondue, à son frère utérin. Les résultats sont donc bien différents, et ils varient pour ainsi dire à l'infini, à raison des divers cas qui peuvent se présenter.

45. Mais faut-il, du moins, pour que ces présomptions de survie soient applicables, même en matière de succession légitime ou *ab intestat*, que ceux qui ont péri dans le même événement fussent *réciproquement* appelés à l'hérédité l'un de l'autre, comme semble le vouloir l'article 720, qui exprime positivement cette circonstance? En d'autres termes, s'il n'est pas de rigueur que les parents fussent au même degré par rapport à l'auteur commun, faut-il du moins qu'ils fussent réciproquement héritiers *présomptifs* les uns des autres au moment de leur mort?

Ainsi, que l'on suppose que Primus et Secundus, cousins germains paternels, par exemple, aient péri dans le même événement; que Secundus ait laissé des enfants, et qu'il y ait dans la même ligne un autre cousin germain né d'un autre père, Tertius.

Dans ce cas, ceux qui ont péri n'étaient pas *réciproquement* appelés à la succession l'un de l'autre; ils n'étaient point, au moment de leur mort, respectivement héritiers présomptifs, puisque les enfants de Secundus étaient, au contraire, appelés à lui succéder de préférence à tous autres; il n'y avait que Secundus qui fût, avec l'autre cousin paternel, appelé à succéder à Primus dans cette ligne; en un mot, la réciprocité n'existait pas.

Si l'on doit décider que, même dans ce cas aussi, les présomptions de survie tracées aux articles 721 et 722 sont applicables, et si, d'après ces présomptions, Secundus est censé avoir survécu à Primus, ses enfants sont appelés, *jure transmissionis* (art. 781) (1), à la portion qu'il aurait prise, s'il ne fût pas mort, dans la succession de son cousin prédécédé, c'est-à-dire à la moitié de la part affectée à la ligne paternelle, ou au quart de toute la succession; au lieu qu'ils n'auraient eu aucun droit si leur père fût mort le premier, attendu qu'à ce degré la représentation n'est pas admise, et que la succession est déférée aux plus proches parents dans chaque ligne, à l'exclusion des plus éloignés (art. 734) (2) : or les enfants de Secundus étaient parents de Primus au cinquième degré, tandis que le cousin germain existant, Tertius, l'était au quatrième.

Mais nous ne doutons pas que, à défaut de preuve positive de la survie, et de circonstances du fait propres à l'établir, les présomptions ci-dessus ne soient également applicables à l'espèce. Par ces mots, *réciproquement appelés à se succéder,* le législateur a voulu exprimer les cas les plus ordinaires, mais non une condition nécessaire de ses dispositions. Ces mots sont *énonciatifs* et non *restrictifs ;* il n'y a, en effet, aucune raison plausible de différence entre ce cas et ceux que nous avons d'abord donnés comme exemples. On ne voit pas pourquoi, dans ceux-ci, le plus jeune ou le plus âgé serait présumé avoir survécu, et en conséquence avoir recueilli la succession de son parent prédécédé, tandis qu'il en serait différemment dans celui maintenant en question. On ne concevrait pas comment la circonstance que l'un des cousins décédés a laissé des enfants pût influer sur la conséquence qu'il y a à tirer, relativement à la question de survie, de ce que l'un étant plus âgé que l'autre, il a dû, pour cette raison, succomber avant ou après lui. Si, dans l'espèce, les parents maternels du prédécédé d'après ces présomptions, qui auraient intérêt à ce qu'il eût survécu, n'en pourraient cependant récuser les effets vis-à-vis des parents paternels de celui qui est censé mort le dernier et avoir recueilli la succession de l'autre, par la même raison, le cousin vivant ne doit pas pouvoir davantage le faire vis-à-vis des enfants de celui que nous supposons avoir survécu, pour pouvoir prendre à lui seul toute la part attribuée à sa ligne. Nous convenons bien, et nous le dirons nous-même tout à l'heure avec plus de développement, que le législateur ne s'est déterminé, à défaut de preuve de la survie ou de circonstances propres à la démontrer,

(1) Code de Hollande, art. 1097.

(2) Code de Hollande, art. 893.

à recourir aux présomptions qu'il a établies dans ces articles 721 et 722 (présomptions si fragiles de leur nature!), que pour que l'ordre ordinaire des successions ne fût point interverti, pour que telle hérédité ne passât point à tel parent qui n'y aurait pas été appelé si la survie de l'un de ceux qui ont péri ensemble eût pu être justifiée; mais précisément, dans l'espèce ci-dessus, nous entrons parfaitement dans son esprit : car, ce qu'il a voulu dans tel ou tel cas, il a dû le vouloir aussi, sous peine d'inconséquence, dans un cas semblable. Or, donner au parent existant toute la part attribuée à sa ligne, parce que les enfants de l'un des décédés ne peuvent prouver que leur père a survécu à l'autre, ce serait véritablement aussi intervertir l'ordre des successions, si, en effet, celui qui est mort avec lui l'a précédé, et lui a, par cela même, transmis une portion de son hérédité. L'unique point est donc de savoir si, d'après les règles précédemment exposées, leur père Secundus est ou non présumé avoir survécu à son cousin Primus, avec lequel il a péri. D'ailleurs si, au lieu du cousin vivant, on suppose que celui-ci était décédé au moment de la mort des deux autres, mais ayant laissé des enfants, assurément ces enfants prétendraient bien, et seraient bien en droit de prétendre, si les présomptions de survie étaient en leur faveur, qu'ils doivent au moins concourir, dans la ligne à laquelle ils appartiennent, avec les enfants du cousin qui a péri dans l'événement, pour la succession de l'autre; car ils seraient au même degré que ces derniers; et cependant, pas plus dans cette hypothèse que dans celle en question, ceux qui ont péri ensemble n'auraient été *respectivement* appelés à se succéder, puisque l'un d'eux avait des enfants au moment de sa mort.

46. Ce que nous disons ici peut être encore fort important sous un autre rapport. Admettons que deux frères, dont l'un a des enfants, aient péri dans le même événement, sans qu'on puisse établir la survie de l'un ou l'autre par preuves positives, ou par des circonstances du fait : dans l'espèce, le frère ayant enfants était bien appelé à la succession de son frère, mais réciproquement celui-ci n'était pas appelé à la sienne, en ce sens, du moins, qu'au moment du décès il n'était pas son héritier présomptif : cependant il n'est point indifférent de savoir quel est celui qui a survécu à l'autre; car, si c'est celui qui n'avait pas d'enfants, et que sa succession soit bonne, tandis que celle de son frère est surchargée de dettes, les enfants de ce dernier peuvent, même en renonçant à son hérédité pour se dispenser d'en payer les dettes, venir, par droit de représentation de leur père, à celle de leur oncle, attendu que la représentation est admise à ce degré et dans ce cas (art. 742 et 744) (1). Au lieu que si leur père a survécu à son frère, comme il a recueilli le droit, que ce droit s'est aussitôt confondu dans son patrimoine, par l'effet de la maxime : *Le mort saisit le vif*, ils ne peuvent point accepter la succession de leur oncle sans accepter celle de leur père, et sans, par conséquent, en payer les dettes; car ce serait accepter pour partie cette dernière hérédité, et la répudier pour partie, ce qui est inadmissible. Tout ce qu'ils pourraient faire, ce serait, en acceptant la succession de leur père, si cela leur convenait, d'user ensuite du droit qu'il avait lui-même au moment de sa mort, d'accepter ou de répudier celle du frère supposé prédécédé (art. 781). Mais ils ne peuvent point, dans l'hypothèse, et par représentation de leur père, à la succession duquel ils voudraient renoncer, venir à celle de leur oncle; car on ne représente pas les personnes qui étaient vivantes au moment de l'ouverture de la succession, mais seulement celles qui étaient mortes naturellement ou civilement à cette époque (art. 744). Or ils ne prouvent pas que leur oncle a survécu à leur père, que celui-ci était mort au moment du décès de celui-là, et il ne leur suffirait pas d'alléguer simplement que, rien ne prouvant la survie de l'un des décédés, ils sont, par cela même, censés être morts au même instant, que *neuter alteri supervixit*, comme disent les lois romaines : car, même dans cette supposition, la représentation ne serait point admise, attendu que leur père n'eût point encore été mort au moment du décès de leur oncle, la simultanéité excluant nécessairement l'antériorité. En conséquence, les créanciers de leur père seraient bien fondés, lors même qu'ils n'accepteraient sa succession que sous bénéfice d'inventaire, à se faire payer sur les biens des deux patrimoines, qui maintenant,

(1) Code de Hollande, art. 891, 892, 894 et 895.

on le répète, ne forment plus qu'une seule et même hérédité.

Comment, en effet, ces enfants, si leur père n'avait, par exemple, que trente ou quarante ans au moment de l'événement, quand leur oncle en avait soixante et plus, pourraient-ils prétendre, avec quelque apparence de raison, que c'est cependant ce dernier qui a lutté le plus longtemps contre la mort, que c'est lui qui a survécu, et qu'ils ont, en conséquence, le droit de représenter leur père, prédécédé suivant eux, pour venir à la succession de cet oncle, qui est opulente, en répudiant celle de leur père qui est mauvaise, ou en n'acceptant cette dernière que sous bénéfice d'inventaire? Ne serait-ce pas donner un démenti à toute la théorie de la loi sur la matière? Nous ne saurions en faire le moindre doute. L'existence de ces enfants est une circonstance qui doit être absolument sans influence sur la question de savoir quel est celui des deux frères qui a survécu à l'autre. Nous le répétons : en admettant, pour un moment, que ces mêmes enfants fussent fondés à méconnaître l'effet des présomptions de survie consacrées par ces articles 721 et 722, par cela seul que les décédés n'étaient pas, à cause d'eux, *réciproquement* appelés à se succéder, et par conséquent à prétendre que c'est aux créanciers de leur père à prouver qu'il a survécu à son frère, qu'il a recueilli sa succession ; ces enfants, disons-nous, n'arriveraient tout de même pas à leur but, qui est de recueillir l'hérédité de leur oncle par représentation de leur père, suivant eux prédécédé, car ils seraient obligés de prouver ce prédécès : or précisément la preuve est impossible, et c'est à raison de cette impossibilité que la loi a établi les présomptions dont il s'agit. Tout ce qu'ils pourraient prétendre, ce serait uniquement que les deux frères ont péri au même instant, qu'aucun d'eux n'a survécu à l'autre ; et, en pareille hypothèse, la représentation est inadmissible, car celui que l'on veut représenter doit avoir prédécédé la personne à la succession de laquelle on veut venir par ce moyen, et en cas de contestation sur ce point, à le prouver : mais les créanciers, au contraire, ont le droit d'invoquer ces mêmes présomptions.

47. Il en est de même, à plus forte raison, des créanciers de celui qui serait présumé avoir survécu, dans le cas littéralement prévu à l'art. 720, c'est-à-dire lorsque les *commorientes* étaient réciproquement appelés à se succéder, avec des droits semblables ou différents, n'importe. Le survivant, leur débiteur, ayant recueilli, en tout ou partie, l'hérédité du prédécédé, son patrimoine s'en est accru d'autant; et tous les biens d'un débiteur, décédé ou vivant, n'importe, sont le gage commun de ses créanciers (art. 2093) (1), qui, pour cette raison, peuvent exercer tous ses droits, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à sa personne (art. 1166) (2). Or le droit d'accepter une succession n'est pas de ce nombre, puisque si l'héritier y renonce au préjudice de ses créanciers, ceux-ci peuvent se faire autoriser à l'accepter de son chef, jusqu'à concurrence du montant de leurs droits. (Art. 788) (3).

Cette décision est applicable aussi aux légataires du survivant, à ses donataires de biens à venir, à ceux, en un mot, qui avaient des droits de cette nature, surbordonnés à la condition de son décès. Ayant recueilli le droit, il le leur a transmis : en conséquence, leurs créanciers pourraient l'exercer, conformément à l'article 1166 précité.

48. Mais doit-on conclure de ce qui précède que les présomptions de survie rappelées plus haut sont applicables en toute autre matière que celle des successions légitimes ou *ab intestat?*

Ainsi le testateur, et son légataire qui n'était point son héritier légitime, périssent dans le même événement, sans qu'on puisse reconnaître quel est celui qui a survécu à l'autre. On peut même supposer que les deux individus s'étaient réciproquement institués héritiers ou légataires universels (4).

Ainsi encore, le donateur et le donataire par contrat de mariage, de biens à venir, ont trouvé la mort dans le même événement (5).

On peut supposer la même chose à l'égard du donateur et du donataire de biens présents, avec stipulation du droit de retour pour le cas du prédécès de ce dernier ;

(1) Code de Hollande, art. 1178.
(2) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.
(3) Code de Hollande, art. 1107.

(4) Par des actes séparés, à cause de la disposition de l'art. 968.
(5) Nous supposons que le donataire n'a pas laissé d'enfants du mariage, et qu'il n'était pas héritier présomptif du donateur.

Et à l'égard d'époux qui s'étaient fait, par leur contrat de mariage, des avantages pour le cas de survie, ou qui avaient stipulé un préciput ou la totalité de leur communauté au profit du survivant ou de l'un des deux seulement, etc.

Pour ne nous expliquer d'abord que sur le premier cas, celui où le testateur et son légataire ont péri dans le même événement, sans qu'on puisse reconnaître lequel a survécu, nous dirons sans hésiter que ces présomptions ne sont point applicables, parce que les présomptions légales n'exercent leur empire que dans les cas pour lesquels elles ont spécialement été établies : « La pré- « somption légale, porte l'art. 1350 (1), est celle « qui est attachée par une loi spéciale à certains « actes ou à certains faits ; » d'où il suit qu'étant étrangères au cas d'un testateur et de son légataire, quoique morts dans le même événement, puisqu'elles sont placées au titre *des Successions légitimes* ou *ab intestat*, on reste, à l'égard de ces personnes, dans le droit commun : or le droit commun veut que l'effet d'un legs quelconque soit subordonné à la condition de survie du légataire : « Toute disposition testamentaire, « dit l'art. 1039, sera caduque, si celui en faveur « de qui elle est faite n'a pas survécu (2) au testa- « teur. » L'accomplissement de cette condition doit être prouvé par ceux qui réclament le legs, non-seulement parce qu'ils sont demandeurs, mais encore parce que la condition est essentiellement inhérente au legs ; comme la désignation du légataire ou de la chose léguée est nécessaire pour sa validité. Et de même que le légataire est obligé de produire le testament qui le gratifie, de démontrer que la disposition s'applique bien à lui, que c'est telle chose qui lui a été léguée, et qu'il a obéi à la condition que le testateur a jugé à propos de lui imposer (3) ; de même, celui qui réclame le legs comme ayant été recueilli par ce légataire, doit prouver l'accomplissement de la condition légale qui y était attachée, c'est-à-dire la survie de ce dernier.

Il n'y a, à cet égard, aucune distinction à faire entre le cas où il s'agirait d'un légataire universel et qu'il n'y aurait point d'héritiers au profit desquels la loi fait la réserve d'une certaine quotité des biens, et le cas d'un légataire à titre particulier ; car le premier n'est toujours saisi par la mort du testateur (art. 1006) qu'autant que toutes les conditions requises pour la validité du legs sont accomplies, et qu'autant, par conséquent, que ceux qui réclament le droit de son chef prouvent cet accomplissement, puisque, en droit : *Non probatum et non esse, idem est.*

Il n'y a non plus aucune différence entre le cas d'un seul testateur et de son légataire, qui ont péri dans le même événement, et celui où les deux personnes avaient fait réciproquement leur testament en faveur l'une de l'autre. Bien que, dans l'ordre ordinaire des choses, et que le plus communément, l'une aura survécu à l'autre pendant un instant de raison, et que, d'après cela, l'une des deux dispositions ne dût pas être caduque, néanmoins elles le seront toutes deux, *quia neuter alteri supervixit*, puisqu'on ne peut, en effet, prouver lequel des deux testateurs a survécu, et qu'autrement on s'exposerait à déférer les biens à ceux qui ne devraient pas les avoir. Ainsi, ni les héritiers de l'un des testateurs, ni ceux de l'autre, ne pouvant prouver que leur auteur a survécu à celui qui l'avait institué, et les présomptions de la loi ne s'appliquant pas au cas, ils doivent être écartés réciproquement, faute de justification de l'accomplissement de cette condition essentielle. Les deux successions seront déférées suivant l'ordre ordinaire et légal, par conséquent, dans nos mœurs, d'après le mode le plus digne de faveur.

Il n'y a pas, en effet, nécessité, comme dans les cas où l'hérédité est déférée par la loi, et où, suivant la maxime : *Le mort saisit le vif et son hoir le plus proche*, la succession doit passer de suite sur la tête du plus proche parent, pour que l'ordre de dévolution ne soit point interverti, pour que les biens n'aillent pas où ils ne devraient point aller ; il n'y a pas nécessité, disons-nous, que l'hérédité d'un testateur passe aux héritiers du légataire : loin que l'ordre ordinaire de la dé-

(1) Code de Hollande, art. 1953.

(2) Que l'on remarque que la loi ne dit pas que le legs sera caduc si le légataire a *prédécédé* le testateur, ce qui pourrait, jusqu'à un certain point, donner lieu à la question de savoir si ce n'est pas plutôt à celui qui est grevé du legs à prouver qu'il en est affranchi par le prédécès du légataire, et par conséquent à prouver ce prédécès ; du moins ce serait matière à dispute ; mais qu'elle dit : « Si celui au profit de qui elle a été faite n'a pas « *survécu* au testateur. » C'est donc la *survie* de celui-là qui doit être prouvée.

(3) En admettant qu'elle ne fût pas impossible, ni contraire aux lois et aux bonnes mœurs. (Art. 900.)

volution des biens par voie de succession fût par là mieux conservé, il serait, au contraire, changé, abandonné. Le législateur n'avait donc pas les mêmes motifs d'établir les présomptions de survie tirées de la force de l'âge ou du sexe, pour le cas de testament comme pour celui de succession légitime : aussi ne l'a-t-il pas fait. Nous voyons même, dans l'art. 135, une disposition toute contraire ; car, suivant cet article, « quiconque « réclamera un droit échu à un individu dont « l'existence ne sera pas reconnue, devra prouver « que ledit individu existait quand le droit a été « ouvert ; jusqu'à cette preuve, il sera déclaré « non recevable. » La loi fait ensuite, il est vrai, exception pour le cas où plusieurs personnes ont péri dans le même événement, en ce sens du moins qu'à défaut de preuve de la survie ou de circonstances du fait propres à la rendre manifeste, elle établit des présomptions qui tiennent lieu de preuve ; mais, encore une fois, elle ne les a établies que pour le cas où ces personnes étaient appelées à se succéder suivant les règles des successions légitimes. Aussi la loi du 29 prairial an IV, dont il a été précédemment parlé, n'établissait-elle la présomption de survie qu'entre « ascendants, descendants, et autres personnes qui se succèdent *de droit* (1). »

Sans doute, dans le cas où le testateur aurait substitué vulgairement à son légataire une personne qui vivrait encore, le legs ne serait point caduc, s'il ne l'était d'ailleurs pour autre cause, car le substitué est précisément appelé au défaut de l'institué. Mais les héritiers de ce dernier ne pourraient pas plus invoquer contre le premier les présomptions dont il s'agit, pour prétendre que leur auteur a survécu au testateur, par conséquent que le droit leur appartient, que la substitution s'est évanouie, qu'ils ne pourraient le prétendre vis-à-vis des héritiers du testateur lui-même.

Une foule de lois romaines (2) statuent sur le cas où deux individus, dont l'un, ou quelquefois un tiers, ayant des droits subordonnés à la condition du prédécès de l'autre, ont péri dans le même événement, sans qu'on puisse démontrer quel est celui qui a survécu. Nous n'en ferons pas l'analyse, ce serait superflu ; mais nous pouvons dire du moins qu'il n'y en a aucune qui soit dans l'espèce d'un légataire mort avec le testateur dans le même accident. Elles sont, pour la plupart, sur des cas de substitutions, fidéicommissaires ou autres ; dans des espèces ou un mari et sa femme ont péri ensemble, et qu'un tiers avait stipulé la reprise de la dot au cas de dissolution du mariage par la mort de la femme, ou que les époux s'étaient fait des donations pendant le mariage, donations qui devenaient caduques par le prédécès du donataire, et dans d'autres cas analogues. Mais ce qui est bien à remarquer, c'est que les lois n'établissent pas, comme le Code le fait en matière de successions légitimes, des présomptions régulières, une sorte de droit commun ; elles statuent généralement en fait, et l'esprit qui y domine, c'est la conservation des biens dans la famille : aussi Cujas, s'expliquant sur les présomptions de survie tirées de l'âge, dit-il, dans son Commentaire sur le titre du Digeste, *de Rebus dubiis*, vers la fin : *Conclusio*,

(1) Duplessis, qui a traité cette question dans une de ses consultations, que l'on trouve au tome I de ses *OEuvres*, p. 772 de la 5e édition (Paris, 1754), et où il rapporte et analyse les différents textes du droit romain qui y ont plus ou moins de rapport ; Duplessis s'exprime de la manière suivante : « Dans « la question *de commorientibus*, on n'use jamais de la fiction « de survie, sinon en cas de nécessité, et quand il n'y a point « d'autre voie de régler le différend. C'est de là que naît la dis- « tinction entre l'hérédité et le legs. Un père et un fils sont « morts dans le même naufrage ; comme ils sont héritiers néces- « saires l'un de l'autre par la loi et par le sang, il faut néces- « sairement feindre que l'un a survécu à l'autre pour régler à « qui appartiendra leur hérédité, afin qu'elle ne demeure pas « vacante... Mais il n'en est pas de même des legs : il est bien « nécessaire qu'un homme ait des héritiers, mais il n'est pas « nécessaire qu'il ait des légataires ; c'est pourquoi si le testa- « teur et le légataire meurent en même temps et dans un même « accident, comme il n'y a point alors de légataire qui puisse « venir dire : J'ai survécu, j'ai gagné le legs ; et comme ses « héritiers ne peuvent point alléguer ni justifier de survie pour « prétendre qu'il leur ait été transmis, le legs demeure caduc ; « car enfin l'héritier du sang est saisi de la succession dès le « moment du décès du défunt, par la règle : *Le mort saisit le vif.* « Les légataires, au contraire, n'ont qu'une simple action pour « venir demander la délivrance du legs, et, dans cette action, « il faut qu'ils prouvent la survie pour fonder leur demande ; « ils y sont obligés par la règle générale, qui veut que tous « demandeurs fassent les preuves nécessaires pour établir leurs « prétentions, et, faute de preuve, on les exclut, etc. » Tel est aussi le sentiment de la plupart des jurisconsultes qui ont traité la question, et l'ancienne jurisprudence était conforme à leur doctrine : elle favorisait toujours les héritiers du sang dès qu'il y avait quelque doute sur le fait de survie des légataires.

(2) *Voy.* notamment au titre *de Rebus dubiis*, ff.; les LL. 8, 9, 16, § 1 ; 17, 18, 22 et 23 ; les LL. 34 et 17, § 7, ff. *ad Senat. Trebell.*; la L. 26, ff. *de Pactis dotal.*; les LL. 34 et 42, ff. *de Vulgari et pup. subst.*; la L. 26, ff. *de Mortis caus. don.*; et la L. 32, § 14, ff. *de Donat. inter vir. et ux.*

duobus pariter mortuis, non videtur alter alteri supervixisse; excipiuntur parentes et liberi (1), *si pater et filius simul moriantur, videtur filius supervixisse* (2) : *hoc suggerit ordo naturæ.*

49. Quant aux donations, M. Chabot, de l'Allier (3), qui est de notre sentiment sur le cas du testament, soit simple, soit réciproque, ne fait aucune distinction (4), relativement à l'application des présomptions de survie, entre les donations de biens à venir par contrat de mariage, et celles de biens présents, avec stipulation du droit de retour pour le cas du prédécès du donataire. Il pense que, pour les unes comme pour les autres, c'est aux héritiers du donateur à prouver sa survie, pour que le retour ou la caducité se soient opérés en faveur de leur auteur, et, par suite, à leur profit.

Nous ne saurions partager cette opinion. Nous tombons sans peine d'accord avec ce jurisconsulte, que, quand il s'agira d'une donation de biens présents faite avec stipulation du droit de retour, au cas du prédécès du donataire (article 951) (5), ce sera aux héritiers du donateur à prouver que leur auteur a survécu, attendu que le donataire a été saisi purement et simplement du droit avec tous ses effets, nonobstant la stipulation du droit de retour; car cette stipulation n'avait pas un effet *suspensif*, comme si la donation eût seulement été faite pour le cas où le donataire survivrait au donateur, ce qui obligerait les représentants de ce donataire à prouver l'accomplissement de la condition de survie; elle avait uniquement pour objet de *résoudre* l'effet de la donation au cas prévu; la propriété de l'objet donné avait passé sur la tête du donataire, quand bien même la tradition n'en eût pas encore été faite (art. 938) (6). Or, c'est à celui qui prétend qu'un droit plein et parfait dès le principe a ensuite été résolu à son profit par un événement quelconque, à justifier de sa prétention; comme ce serait à celui qui, n'ayant eu d'abord qu'un droit suspendu par une condition, prétendrait que la condition s'est accomplie, à justifier de son allégation à cet égard. Dans l'espèce, les héritiers du donateur ne pouvant faire leur justification qu'en prouvant le prédécès du donataire, puisqu'il n'y a aucune présomption légale qui tienne lieu de preuve, et qu'en matière de présomptions légales, il n'y a pas lieu d'argumenter d'un cas à un autre, c'est donc le cas de dire, à défaut de cette preuve, *neuter alteri supervixit* (7); et par conséquent la condition du retour ne s'est point réalisée.

Mais quand il s'agit de donations de biens à venir, ou institutions contractuelles (8), il est

(1) Et nous ajouterons : *Et autres personnes qui se succèdent de droit*, addition qu'a rendue nécessaire notre maxime de droit français : *Le mort saisit le vif et son hoir le plus proche.*

(2) Cela n'est vrai, dans notre droit, que sous les distinctions établies par la loi; mais toujours est-il qu'en principe Cujas n'admettait les présomptions de survie tirées de l'âge qu'entre les ascendants et les descendants, et non entre les testateurs et leurs légataires.

Nous ferons, au reste, remarquer que les héritiers *volontaires*, dits *extranei*, soit *ab intestat*, soit testamentaires, n'acquérant l'hérédité que par l'*adition* qu'ils en faisaient, la question *de commorientibus*, à l'effet de savoir si l'institué, qui avait péri avec le défunt, avait transmis le droit à ses représentants, ne pouvait pas s'élever à l'égard de ces héritiers volontaires; et telle est la raison pour laquelle les lois romaines sont muettes sur ce point.

(3) Dans son *Commentaire sur les successions* d'après le Code civil, art. 720, 721 et 722.

(4) Il dit toutefois que, dans son premier ouvrage sur *les Successions*, « il lui était échappé, par méprise, de confondre « le testament et la donation, mais qu'il faut, au contraire, en « distinguer avec soin la nature et les effets. »

On ne peut pas en douter en ce qui touche la donation de biens présents faite avec stipulation du droit de retour; mais nous pensons aussi, pour les donations de biens à venir, autrement dites *institutions contractuelles*, que, relativement à la question de savoir si les présomptions de survie sont applicables au cas où le donateur et le donataire, qui n'a pas laissé d'enfants du mariage, ont péri dans le même événement, ces donations doivent être assimilées aux legs ou institutions testamentaires, ainsi que nous allons le démontrer.

(5) Code de Hollande, art. 1709.

(6) Ibid., art. 1723.

(7) *Voyez* les LL. 8, ff. *de Rebus dubiis*; 32, § 14, ff. *de Donat. inter vir. et uxor.*, et 26, ff. *de Mortis causa donat.*, précitées. Dans ces lois, il s'agit de donations faites entre époux pendant le mariage, lesquelles étaient interdites en principe : aussi la propriété des objets donnés ne passait-elle point à l'époux donataire, et le donateur pouvait toujours révoquer sa libéralité. Mais d'après un sénatus-consulte rendu sous Antonin, le prédécès du donateur sans que celui-ci eût révoqué, confirmait la donation; et quand les deux époux avaient péri en même temps, on décidait qu'elle devait produire son effet : *Magis placuit valere donationem*, dit la loi 26, *de Mortis causa donat.*, *eo maxime, quod donator non supervivat, qui rem condicere possit.*

(8) Nous supposons, comme nous l'avons dit, 1° que le donataire n'a pas laissé d'enfants du mariage; car autrement ces enfants étant appelés, au cas du prédécès de leur père, à la disposition par une sorte de substitution vulgaire (art. 1082), la question perdrait son importance, du moins sous le rapport sous lequel nous l'envisageons maintenant; mais elle présenterait encore de l'intérêt sous un autre point de vue, parce qu'en effet si l'on devait décider que le donataire a prédécédé, les enfants ne seraient point obligés d'accepter sa succession pour

permis, nous le croyons, de différer d'opinion avec M. Chabot.

Cet auteur se fonde uniquement sur ce que « le donataire est saisi de son droit dès le moment de la donation, sauf à ne l'exercer qu'à la mort du donateur : d'où il suit que c'est aux héritiers du donateur à prouver qu'il a survécu au donataire, pour qu'ils puissent faire déclarer caduc ou révoqué le droit dont le donataire était propriétaire dès le moment de la donation. »

Sans doute le donataire de biens à venir est saisi du droit dès le moment de la donation, mais en quel sens? En ce sens qu'elle est irrévocable (art. 1083) (1); mais il n'est saisi que sous ce rapport, et encore sous les conditions déterminées par la loi, ainsi que nous avons déjà eu occasion de le dire (2), et une de ces conditions, la plus essentielle, c'est sa survie (ou celle des enfants du mariage); autrement la donation est *caduque*. C'est l'expression dont se sert la loi (art. 1089); c'est la même que celle qu'elle emploie pour qualifier le legs, qui ne produit aucun effet par le prédécès du légataire (art. 1039) (3). Il ne s'agit point, dans ce cas, d'un retour des biens donnés, d'une simple résolution de la donation, ni encore moins d'une révocation : il s'agit d'une *caducité*, et une disposition est caduque quand son effet a manqué par le prédécès du donataire ou du légataire.

Il est vrai que l'art. 1089, qui la prononce, ne dit pas, comme l'art. 1039, que la donation est caduque si le donataire n'a pas survécu au donateur, mais bien qu'elle est caduque si le donateur a survécu au donataire et à sa postérité; ce qui semblerait mettre la preuve du fait qui a amené la caducité à la charge des héritiers du donateur : mais cette rédaction, que la fin de l'article amenait naturellement, pour être plus coulante, ne veut pas dire autre chose, si ce n'est que la donation est caduque si le donataire ou sa postérité n'a pas survécu au donateur; car celui-ci n'a pas donné seulement avec faculté de reprendre les biens, si le donataire ainsi que sa postérité (du mariage en faveur duquel la donation a eu lieu) le prédécédaient, puisqu'il a conservé la propriété, la disposition, la jouissance et la possession des biens; il a donné à quelqu'un qui ne devait recueillir qu'après sa mort, par conséquent qui devait lui survivre pour que le don eût effet.

L'institution contractuelle, ou la donation des biens qu'une personne laissera à son décès, n'est rien autre chose que le don irrévocable de l'hérédité, ainsi que la définissent les auteurs qui en ont traité; et pour que cette hérédité soit acquise à l'institué, ne faut-il pas, lorsqu'elle est déférée par la loi, que celui qui est appelé soit capable de la recueillir? Cela est si vrai que, sans la disposition spéciale qui appelle les enfants au cas où le donataire a prédécédé le donateur, la donation serait caduque, et les enfants n'en profiteraient point. Donc le droit n'est pas, comme on le dit, pleinement acquis dès le jour du contrat; autrement la mort du donataire, survenue depuis, ne le ferait pas évanouir; il passerait, ce droit, à ses héritiers quelconques, même à l'État, s'il n'avait pas d'héritiers. En un mot, il n'y a d'autre différence entre le donataire de biens à venir ou héritier contractuel, et l'héritier testamentaire, si ce n'est que le premier ne peut être privé du bénéfice de la disposition par le fait du donateur, qui ne peut plus changer de volonté à cet égard, sauf encore le droit qu'il a, par la nature même de cette disposition, d'aliéner les biens à titre onéreux, parce que, par cette aliénation, il n'est pas censé diminuer son patrimoine au préjudice de la donation, puisqu'il reçoit ou est censé recevoir l'équivalent de ce qu'il aliène. Mais, dans

recueillir les biens compris dans la disposition : *secus* dans le cas contraire; 2° qu'il n'était pas héritier présomptif du donateur, parce qu'autrement les présomptions de survie seraient admissibles. S'il l'eût été, mais pour une part moindre que celle qui lui a été donnée, nous ne les appliquerions pas moins, parce qu'il serait inconséquent de les admettre en partie et de les rejeter en partie.

(1) Code de Hollande, art. 228.

(2) Tome I, n° 249, où nous établissons que la mort civile du donateur, survenue depuis la donation, ne saurait en faire perdre le bénéfice au donataire, car il ne doit pas souffrir du fait d'un autre. Un droit qui lui était acquis, en ce sens que le donateur ne pouvait pas le lui enlever, n'a pu lui être ravi indirectement par le fait de ce même donateur. Mais nous n'avons pas entendu dire par là que le donataire, qui n'est réellement qu'un héritier institué d'une manière irrévocable, ne dût pas lui-même réunir en sa personne toutes les conditions requises dans les héritiers au moment où s'ouvre l'hérédité, c'est-à-dire au moment de la mort du donateur, puisque *viventis nulla est hereditas :* or une de ces conditions, dans l'héritier, c'est de vivre à cette époque. Aussi s'il était mort civilement, ne recueillerait-il pas, les enfants du mariage viendraient à sa place; et s'il n'y en avait pas, la disposition serait caduque.

(3) Code de Hollande, art. 233, § 1.

l'une comme dans l'autre institution, la survie de l'institué est une condition essentielle, et dont, par conséquent, l'accomplissement doit être prouvé par quiconque réclame le bénéfice de la disposition; et cette preuve n'est point suppléée par les présomptions de survie mentionnées aux articles 721 et 722, lors même qu'elles seraient favorables à la prétention des héritiers du donataire, puisqu'elles n'ont point été appliquées à ce cas par la loi. Nous le déciderions ainsi quand bien même le donateur n'aurait pas laissé d'héritiers du nombre de ceux au profit desquels la loi établit une réserve, et que la donation serait de l'universalité des biens laissés au décès; car, pour que le donataire eût été saisi en pareil cas, il aurait toujours fallu qu'il eût survécu au donateur. A plus forte raison, dans le cas où il y a des héritiers ayant droit à une réserve, ou que la donation n'est que d'une quote-part des biens, comme ce sont alors les héritiers du sang qui sont saisis, que c'est aux représentants du donataire à former leur demande en délivrance, et à justifier ainsi que leur auteur a recueilli le droit, à plus forte raison, disons nous, la question est-elle encore moins douteuse.

Enfin, nous ne croyons pas qu'il soit exact de dire que le donataire est *propriétaire du droit dès le moment de la donation*. Si cela était vrai, il pourrait l'aliéner, y renoncer, faire des traités à ce sujet, puisqu'on peut en faire même sur un droit simplement éventuel, conditionnel. Car ce serait renoncer à une succession future, pactiser sur une telle succession, et c'est ce qui est formellement interdit par la loi (art. 791, 1130) (1). Nous disons sur une *succession future;* et, en effet, quand bien même la chose ne serait pas évidente, le doute serait levé par l'article 1085 (2), qui voit bien là une succession, puisqu'il dit à la fin : « En cas d'acceptation, il (le donataire) ne « pourra réclamer que les biens qui se trouve- « ront existants au jour du décès du donateur, et « il sera soumis au payement de toutes les dettes et « charges de la *succession.* » Aussi la loi ne dit-elle pas à l'égard des donations de biens à venir, comme elle le dit au sujet des donations de biens présents (art. 938) (3), que le donataire est propriétaire des biens donnés par le seul fait de l'acceptation de la donation. Il n'a, en effet, qu'une simple espérance, que le donateur ne peut lui ravir, il est vrai; mais cette espérance, qui est un droit tel quel, nous l'avouons, n'est point un droit *de propriété.* Sans doute les donations par contrat de mariage sont dignes de faveur, mais cette faveur ne s'étend qu'au donataire et à ses descendants, et nullement aux autres parents; la conservation des biens dans la famille du donateur est digne aussi de faveur, et voilà pourquoi la donation devient caduque si le donataire et sa postérité l'ont prédécédé. Or, dans le système que nous combattons, tout parent quelconque de ce donataire, même l'État, à défaut de parent, aurait cependant les biens, sans être astreint à prouver que le donataire a survécu au donateur, et sans que les héritiers de celui-ci pussent, de fait, écarter cette prétention, en prouvant la survie de leur auteur, puisque nous raisonnons dans la supposition que cette preuve est impossible.

50. Quant aux avantages que des conjoints qui ont péri ensemble ont pu se faire par leur contrat de mariage (4), et qu'ils ont subordonnés à la condition de survie de celui en faveur duquel ils ont eu lieu; comme aussi quant aux stipulations qui attribueraient un préciput ou la totalité de la communauté en faveur du survivant, ce que

(1) Code de Hollande, art. 1109, 1370.

(2) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(3) Code de Hollande, art. 1723.

(4) Nous ne parlons pas ici des donations qu'ils ont pu se faire pendant le mariage, donations qui sont toujours révocables à la volonté du donateur (art. 1096); car la question de savoir si elles deviennent aussi caduques par le prédécès de l'époux donataire, comme les donations *inter virum et uxorem* des Romains manquaient de sortir leur effet pour cette cause, est une question distincte, et qu'il faudrait d'abord préjuger affirmativement pour que, même dans la supposition que les présomptions de survie des art. 721 et 722 seraient applicables entre conjoints donataires, il y eût intérêt à distinguer, d'après ces présomptions, quel est celui des époux morts dans le même événement, qui a survécu à l'autre. Mais ce n'est point le moment de la discuter; nous le ferons en son lieu. Seulement, nous dirons dès à présent que, puisque la loi, qui s'est expliquée sur la révocabilité, a gardé le silence sur la caducité par suite du prédécès du donataire, quand elle s'est d'ailleurs expliquée formellement dans d'autres cas sur la caducité pour cette cause, il semble que ce serait ajouter à ses dispositions, que de la prononcer dans l'espèce; et ce serait y ajouter dans un sens suivant lequel il n'est pas permis de le faire, puisque tout ce qui tend à détruire l'effet des actes est de droit étroit. Mais, encore une fois, nous ne prenons point parti quant à présent sur cette question.

nous venons de dire démontre assez qu'il n'y a pas lieu, pour établir la survie, de recourir aux présomptions consacrées, en matière de successions légitimes, par les articles 721 et 722 précités. Les héritiers de celui des époux qui a stipulé les clauses du contrat de mariage relatives à ces avantages, ne pouvant prouver que leur auteur a survécu, ce sera alors le cas de dire : *Neuter alteri supervixit*, et la condition aura défailli. En conséquence, les gains de survie seront réputés non avenus, et la communauté se partagera suivant le droit commun, qui est toujours le plus favorable dans le doute.

51. Nous avons dit qu'en matière de successions légitimes il fallait décider la question de survie, avant tout, par la preuve positive du fait : comme si des personnes dont le témoignage est irréprochable et concordant viennent attester qu'il est à leur connaissance que Paul est mort avant Pierre, ou si des procès-verbaux rédigés avec soin, et non suspects sous d'autres rapports, constatent ce fait, etc.; qu'à défaut de preuve positive de la survie de l'un des décédés, il fallait recourir aux circonstances du fait, et que les circonstances manquant ou se neutralisant par leur gravité réciproque, il fallait bien alors s'abandonner aux présomptions de survie telles qu'elles sont établies par la loi, malgré leur extrême fragilité.

Mais ces circonstances varient à l'infini. On donne ordinairement comme exemple le cas où deux individus ont péri dans la ruine d'un bâtiment : celui qui a été vu le dernier sera généralement présumé avoir survécu, parce qu'il est certain qu'il existait encore quand il est incertain si l'autre vivait à ce moment; le cas aussi d'une inondation, quand l'une des personnes habitait le rez-de-chaussée de la maison envahie par les eaux, tandis que l'autre se trouvait à un étage supérieur; ou bien le cas d'un incendie qui est prouvé avoir commencé au rez-de-chaussée : dans l'une et l'autre supposition, la personne qui était à l'étage supérieur au moment de l'accident, sera généralement présumée avoir péri la dernière. Mais l'induction qu'il y a à tirer de ces circonstances peut être plus ou moins atténuée par d'autres qu'il est impossible de prévoir, et dont l'appréciation est dans le domaine du juge. Dans le cas où le péril aurait atteint simultanément les deux individus, on pourrait prendre aussi en considération l'état particulier de faiblesse où l'un des deux se trouvait par l'effet d'une maladie grave ou d'une complexion débile; car, par *circonstances du fait*, nous ne pensons pas que la loi ait eu uniquement en vue celles qui sont seulement relatives à l'événement lui-même, mais bien aussi celles qui étaient relatives à la situation particulière où se trouvait la personne. C'était le sentiment de nos anciens jurisconsultes qui ont traité de ces présomptions de survie, et les tribunaux y conformaient leurs décisions, surtout dans l'intérêt de la partie qui leur paraissait la plus digne de faveur, c'est-à-dire dans l'intérêt des parents les plus proches.

52. Sur le cas singulier où deux jumeaux ont péri ensemble, si les actes de naissance énonçaient quel est celui qui est sorti le premier du sein de la mère, il faudrait bien le regarder comme l'aîné (1), laissant à la physiologie la question, oiseuse en droit (du moins sous le rapport dont il s'agit), de savoir quel est celui qui a été conçu le premier. Si les actes ne s'expliquaient pas, le témoignage des parents pourrait suppléer à leur silence sur ce point : les registres et papiers domestiques de ceux-ci, dans lesquels ils auraient marqué quel est celui des enfants qui est né avant l'autre, seraient encore une preuve plus sûre, si la date de cette mention n'était pas suspecte. A défaut de ces preuves, les tribunaux jugeraient ce cas extraordinaire, que n'a point prévu le Code, d'après les circonstances, en décidant que celui qui était généralement regardé comme le plus robuste a survécu à l'autre (2).

SECTION II.

DE LA SAISINE DES HÉRITIERS.

SOMMAIRE.

53. *La loi règle l'ordre de succéder entre les héritiers.*

(1) Les lois romaines le décidaient ainsi, et avec raison; car la naissance est un fait positif quant à son époque, et la conception un fait purement conjectural. *Voy.* les LL. 15 et 16, ff. *de Statu hominum.*

(2) M. Chabot, de l'Allier, est, à peu de chose près, de notre opinion sur ce point.

53. La loi, qui n'est, ainsi que nous l'avons dit, que l'expression de la volonté présumée de l'homme, quant à la transmission de ses biens après sa mort, règle l'ordre de succéder entre les héritiers légitimes ; à leur défaut, les biens passent aux enfants naturels ; à défaut de ceux-ci, au conjoint survivant, et, s'il n'y en a pas, à l'État. (Art. 723) (1).

54. Mais il existe une différence notable entre les héritiers légitimes, d'une part, et les enfants naturels, le conjoint et l'État, d'autre part : c'est que les héritiers légitimes sont saisis, de plein droit, des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession ; au lieu que les enfants naturels, l'époux survivant et l'État, doivent se faire envoyer en possession par justice, dans les formes qui sont déterminées à cet effet. (Article 724) (2).

Nous verrons bientôt, au surplus, si, de ce que les enfants naturels et l'époux survivant sont obligés de se faire envoyer en possession, ils sont privés du principal effet de la saisine, du droit de transmettre la succession non encore acceptée à leurs propres héritiers, en supposant, bien entendu, qu'ils aient survécu au défunt. Pour nous faire bien comprendre, il convient d'abord d'expliquer les effets de la saisine, que la loi n'attribue explicitement qu'aux héritiers légitimes seulement.

55. La *saisine* dont nous parlons ici n'est rien autre chose que l'effet de la maxime de notre ancien droit français coutumier. *Le mort saisit le vif et son hoir* (3) *le plus proche*, c'est-à-dire qu'en mourant, le défunt a investi son plus proche parent de tous ses droits, l'a *saisi* de sa succession.

En sorte que, lors même que l'héritier est venu à mourir sans avoir encore accepté ni répudié l'hérédité, sans en avoir même connu l'ouverture, comme dans les cas prévus aux articles 720, 721 et 722 (4), que nous venons d'expliquer, il a recueilli le droit et l'a transmis à ses propres héritiers, qui peuvent l'accepter ou le répudier de son chef. (Art. 781) (5).

56. C'est une notable différence d'avec les principes du droit romain sur ce point; car, dans cette législation, il ne suffisait pas, en thèse générale (6), pour qu'un individu eût recueilli la

(1) Code de Hollande, art. 879.
(2) Ibid., art. 880.
(3) Vieux mot qui vient de *heres*, héritier.
(4) Code de Hollande, art. 878.
(5) Ibid., art. 1097.
(6) Nous disons *en thèse générale*, parce qu'il y avait trois exceptions :

1° A l'égard des héritiers *siens*, c'est-à-dire des enfants et autres descendants du défunt qui étaient sous sa puissance au moment de sa mort, et qui ne devaient pas retomber sous la puissance d'un autre au moment, non pas de la mort du défunt, mais au moment où il était devenu certain qu'il était mort *intestat*, époque qui pouvait être différente de la première, comme on le voit clairement au § 7, INSTIT., *de Hered. quæ ab intest. defer.* Ces enfants continuaient la personne de leur auteur ; l'hérédité de celui-ci leur était acquise de plein droit, et ils la transmettaient à leurs héritiers quoiqu'ils fussent venus à mourir avant de l'avoir appréhendée ; seulement, ils avaient, d'après le droit prétorien, la faculté de s'en abstenir, pour n'être pas tenus d'en payer les dettes. Et à ce sujet, le préteur leur

succession d'un autre, soit *ab intestat*, soit en vertu d'un testament, et l'eût transmise, confondue dans la sienne, à ses propres héritiers, qu'il lui eût survécu, ayant d'ailleurs dans sa personne toutes les dispositions relatives à la capacité de succéder ; il fallait de plus qu'il eût, avant sa mort, accepté l'hérédité, qu'il en eût fait *adition*. Jusque-là, il était bien héritier ; mais cette qualité ne lui donnait que le droit d'acquérir l'hérédité, et ce droit lui était personnel, en ce sens qu'il fallait la manifestation de sa volonté particulière pour acquérir les biens et être soumis aux charges qui les affectaient, en un mot, pour être le représentant du défunt. De là la règle : *Hereditas non adita non transmittitur*, règle qui ne souffrait d'autres exceptions (1) que celles que nous avons expliquées, et dont les deux dernières n'avaient même été introduites que dans les derniers temps de la législation.

57. Nous nous sommes éloignés de ces principes. Chez nous, *le mort saisit le vif*, et le droit qui en résulte est transmissible, dans tous les cas, comme tout autre droit : aussi les créanciers de celui à qui une succession est échue, et qui n'en réclame pas les biens, qui même y renonce à leur préjudice, peuvent-ils se faire autoriser à l'accepter de son chef, jusqu'à concurrence de leurs droits (art. 788) ; tandis que, dans les principes de la législation romaine, ils n'auraient pas eu le droit d'attaquer la renonciation, parce que, en n'acceptant pas l'hérédité, en la répudiant même formellement, le débiteur ne se dépouillait pas d'un droit acquis, ne diminuait pas ainsi son patrimoine à leur préjudice ; seulement il négligeait de l'augmenter. Or les lois ne donnaient action aux créanciers d'un débiteur insolvable, pour faire annuler ses actes, qui leur préjudiciaient, que lorsqu'il avait réellement diminué son patrimoine par ces actes, et encore sous certaines distinctions (2).

58. De ce que, dans notre droit, les héritiers légitimes sont saisis, *ipso jure*, par la mort du défunt, il résulte que les créanciers de celui-ci peuvent aussitôt les poursuivre, à proportion de la part héréditaire de chacun, ainsi qu'il sera ultérieurement expliqué, sauf aux héritiers poursuivis, s'ils sont encore dans les délais pour faire inventaire et délibérer, à user de l'exception dilatoire que leur donne le bénéfice d'inventaire, et à faire par là surseoir à l'instruction et au jugement de la cause jusqu'à l'expiration des délais, comme il sera dit plus loin. Mais poursuivis après

donnait une *exception* contre l'action des créanciers et légataires.

2° Dans le cas prévu à la L. unique, Cod. *de His qui ante apert. tab. heredit. transmitt.*, et qui est une disposition introduite par Théodose. Par la loi *Papia Poppea* il était établi que celui qui était institué héritier pour une part de l'hérédité ne pouvait faire adition d'hérédité qu'après l'ouverture du testament, *apertis tabulis :* de là, s'il mourait auparavant, sa part devenait caduque et était attribuée au fisc. Cette loi ne s'appliquait pas, il est vrai, aux enfants du testateur jusqu'au troisième degré : ceux-ci pouvaient faire adition même avant l'ouverture du testament, pourvu qu'ils sussent qu'ils étaient institués ; et il est clair aussi qu'elle ne s'appliquait pas aux enfants héritiers *siens*, puisque ceux de cette qualité auraient transmis l'hérédité en vertu du *jus suitatis*. Mais comme les descendants sortis de la puissance du testateur, ou qui n'étaient pas ses héritiers siens parce qu'ils devaient retomber sous la puissance d'un autre, mouraient souvent avant l'ouverture du testament, sans savoir s'ils y étaient ou non institués, et en conséquence ne transmettaient pas le droit à leurs héritiers, même à leurs enfants, Théodose a voulu, par la loi précitée, qu'ils le transmissent à ces derniers, mais à eux seulement ; et ce droit est appelé par les docteurs *jus ex potentia sanguinis*. Il consistait dans la faculté, pour les enfants, de faire adition d'hérédité, comme le pouvait leur père.

La troisième exception, qui, on doit le dire, a réduit la règle à bien peu de chose, a été introduite par Justinien, dans la loi 19, au Code, *de Jure deliberandi*. Cet empereur a décidé que tout héritier, soit *ab intestat*, soit testamentaire, qui mourrait dans l'année, à partir du jour où il a eu connaissance de l'ouverture de la succession à son profit, sans l'avoir acceptée ni répudiée, transmettrait à ses héritiers le droit d'accepter pendant le temps qui restait à courir de cette même année : à plus forte raison, celui qui était mort sans savoir que la succession lui était déférée, par exemple, dans le cas où il avait péri avec le défunt dans un même accident, transmettait-il à ses héritiers le droit de faire adition pendant le temps qu'il aurait eu lui-même pour cela.

Mais, dans les hérédités déférées par le droit prétorien, il n'y avait pas lieu au droit de transmission. Si celui qui était appelé à la possession des biens mourait avant de l'avoir demandée, quoique dans le délai fixé à cet effet, sa part accroissait à ceux qui étaient appelés avec lui, et, à leur défaut, au degré subséquent : il y avait lieu à appliquer l'édit *successorium*.

(1) L'esclave du testateur, institué par lui, étant son héritier *nécessaire*, il est clair qu'il n'avait pas, pour acquérir l'hérédité, à faire adition ; aussi, mourant après le testateur, et après l'accomplissement de la condition, s'il lui en avait été imposé une, il transmettait l'hérédité à ses propres successeurs, comme partie de son patrimoine ; mais ce cas n'est qu'une exception de la même sorte que celle relative aux héritiers *siens et nécessaires*.

(2) *Voyez* au ff. le tit. *Quæ in fraud. credit.* Mais nous aurons plus d'une fois occasion de revenir sur ce point, surtout au titre *des Contrats et Obligations conventionnelles en général*.

ces délais, ils doivent les frais faits jusqu'à leur renonciation, à moins qu'ils ne justifient qu'ils n'ont pas eu connaissance du décès, ou que les délais ont été insuffisants, soit à raison de la situation des biens, soit à raison des contestations survenues, auquel cas tous les frais restent à la charge de la succession. (Art. 797, 798, 799, analysés et combinés) (1).

En vain diraient-ils qu'ils se sont abstenus de toucher aux biens de l'hérédité; ils n'en doivent pas moins, sauf le cas d'exception ci-dessus, les frais faits légitimement contre eux jusqu'à leur renonciation : ils étaient saisis, ils étaient investis de la qualité d'héritiers, et comme la renonciation à une succession ne se présume pas (art. 784) (2), qu'ils n'avaient point encore, on le suppose, renoncé, pour se décharger des effets de la saisine, les créanciers ont dû naturellement s'adresser à eux pour obtenir le payement de leurs créances, puisqu'ils ne pouvaient s'adresser à d'autres. Si la saisine a de si puissants avantages pour les héritiers, il n'y a rien de surprenant qu'elle puisse avoir aussi quelques légers inconvénients, qu'ils sont d'ailleurs généralement à même de prévenir, en renonçant aussitôt qu'ils ont connaissance de l'ouverture de la succession à leur profit, ou en l'acceptant sous bénéfice d'inventaire, dans les délais que la loi a fixés à cet effet.

59. C'est une question que de savoir si, après la renonciation des héritiers du premier degré, qui sont en conséquence censés n'avoir jamais été héritiers (art. 785) (3), ceux du degré subséquent auxquels la succession est par cela même dévolue (art. 786) (4), devront, comme saisis au défaut des premiers, les frais faits par les créanciers jusqu'à leur renonciation; et ainsi de suite des héritiers des degrés ultérieurs, quand ceux des degrés précédents ont renoncé : cette question sera traitée ultérieurement. Pour sa solution, il y aura à examiner si du moins l'héritier du degré subséquent n'a pas personnellement un délai pour faire inventaire et délibérer, qui ne commencerait à courir pour lui que du jour de la renonciation de l'héritier du degré précédent, et même du jour où il a connu cette renonciation ; et si, poursuivi après ce délai, il ne peut pas du moins justifier qu'il a ignoré, soit le décès lui-même (comme aurait pu en justifier celui qui a renoncé), soit la renonciation de ce dernier, soit l'insuffisance du délai, à raison de la situation des biens, ou à raison des difficultés survenues.

60. Nous aurons à voir aussi, sur l'art. 789 (5) qui porte que « la faculté d'accepter ou de répu-« dier une succession se prescrit par le laps de « temps requis pour la prescription la plus « longue des droits immobiliers (6), » si l'effet de la saisine est tel, qu'après la prescription, celui qui en est investi reste irrévocablement héritier pur et simple, et, comme tel, soumis à l'obligation de payer les dettes et charges de la succession, avec le droit d'en réclamer les biens qui ne seraient point encore prescrits par des tiers, ou par l'État qui les aurait recueillis comme biens vacants? ou si cet individu, qui ne s'est point du tout immiscé, peut encore se prétendre étranger à l'hérédité, attendu qu'il n'a point voulu l'accepter, que nul n'est tenu d'accepter une succession, et que c'est réellement l'acceptation qui impose l'obligation, non pas de payer les frais de poursuite, mais les dettes elles-mêmes? ou bien s'il sera déchu du droit de se prétendre héritier vis-à-vis des détenteurs des biens et des débiteurs de la succession qui n'auraient pas encore prescrit, parce qu'il ne peut plus accepter, quand cependant il pourrait être poursuivi avec effet par les créanciers, parce qu'il ne peut plus renoncer? enfin, si, dans la supposition où l'on prétendrait qu'il est héritier, sans pouvoir désormais renoncer, parce que la saisine ne peut plus être dépouillée, il a du moins encore la faculté d'user du bénéfice d'inventaire, et surtout si cette faculté doit lui être accordée dans le cas, très-possible à se réaliser, où il n'aurait pas connu le décès, même sa parenté avec le défunt, qui est né, qui a vécu, et qui est mort en pays lointain? Nous discuterons, disons-nous, ces questions ultérieurement.

(1) Code de Hollande, art. 1072, 1073 et 1087.
(2) Ibid., art. 1103.
(3) Ibid., art. 1104.
(4) Ibid., art. 1105.
(5) Code de Hollande, art. 1108.
(6) C'est-à-dire, par trente ans depuis son ouverture (art. 2262), sans préjudice des suspensions et interruptions telles que de droit, pour minorité (art. 2252) ou autre cause.

61. Un autre effet de la saisine, c'est que les héritiers en faveur desquels elle existe peuvent se mettre de suite en possession des biens du défunt, et en disposer ; qu'ils continuent celle qu'il avait lui-même, soit à l'égard de ses propres biens, soit à l'égard de ceux qui appartenaient à des tiers, mais dont, comme nous le disons, il avait la possession au moment de sa mort. Et cette possession est continuée par l'hérédité avant l'acceptation des héritiers (1), parce que l'hérédité représente le défunt, et les héritiers de celui-ci. Mais une fois acceptée, il n'y a plus d'hérédité, il n'y a que des biens qui sont confondus avec ceux de l'héritier, sans préjudice du cas où l'acceptation n'a eu lieu que sous bénéfice d'inventaire, cas dans lequel la confusion n'a pas lieu, ainsi qu'on le verra plus loin. (Art. 802) (2).

62. Puisque les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des biens et droits du défunt, sous l'obligation de payer les dettes et charges de la succession, c'est à eux que les donataires et légataires doivent s'adresser pour obtenir la délivrance des dons et legs : il n'y a d'exception à cette règle que pour le cas où le défunt a institué un ou plusieurs légataires universels et qu'il n'a pas laissé d'héritiers auxquels la loi fait la réserve d'une certaine quotité des biens, et, par analogie parfaite, mais dans la même hypothèse, que pour le cas aussi où il a donné à quelqu'un, par le contrat de mariage de celui-ci, tous les biens qu'il laisserait à son décès ; car ces légataires et ces donataires universels sont saisis de plein droit. (Art. 1004, 1006, 1011, 1014, 1082) (3).

63. Mais de ce que l'article 724 (4) n'accorde pas la saisine aux enfants naturels, ni au conjoint survivant, ni à l'État ; qu'il exige même formellement qu'ils se fassent envoyer en possession par justice (5), il ne faut toutefois pas conclure de cette disposition, que l'enfant naturel et le conjoint lui-même (6) ne transmettraient point le droit, s'ils venaient à mourir avant de s'être fait envoyer en possession : car le Code, en prescrivant cette mesure, n'a point entendu les priver du droit de transmission au profit de leurs héritiers. La succession a été ouverte en leur faveur, et cela a suffi pour que ce droit fût transmissible. La loi dit que les biens leur *passent*, et ils leur passent de plein droit quant à la propriété, et l'envoi en possession n'est qu'une mesure de sûreté et de conservation dans l'intérêt des héritiers, s'il en existait. Nous voyons dans l'art. 759 (7), que les enfants et descendants de l'enfant naturel peuvent, dans le cas du prédécès de celui-ci, réclamer les droits qu'il aurait eus s'il eût survécu à son père ou à sa mère ; à plus forte raison, ces mêmes enfants et descendants, disons même les représentants quelconques, doivent-ils pouvoir exercer les droits, et réclamer même toute l'hérédité, s'il y a lieu, quand il meurt après l'ouverture de la succession, quoique avant d'avoir obtenu l'envoi en possession, avant même de l'avoir demandé. Et puisque la loi dispose à l'égard du conjoint comme à l'égard de l'enfant naturel, nous en concluons que ce que l'on doit décider à l'égard du second, doit être admis à l'égard du premier, c'est-à-dire, que le droit de transmission existe dans l'un comme dans l'autre cas.

CHAPITRE II.

DES QUALITÉS REQUISES POUR SUCCÉDER.

SOMMAIRE.

64. *Il ne suffit pas de se trouver le plus proche parent d'une personne décédée pour pouvoir lui succéder; il faut aussi être capable de recueillir sa succession, et n'être pas indigne de la recueillir.*

65. *L'incapacité et l'indignité procèdent de causes tout à fait différentes.*

64. Les lois ne défèrent les biens qu'à ceux qui peuvent en avoir besoin, et qui sont d'ailleurs dignes de les recueillir ; aussi ne suffit-il pas de

(1) Si d'ailleurs un tiers ne l'acquiert pas par les moyens autorisés par la loi.

(2) Code de Hollande, art. 1078.

(3) Ibid., art. 1002, 1003, 1005 et 1006.

(4) Ibid., art. 880.

(5) Quand il y a des héritiers légitimes, l'enfant naturel s'adresse à eux, et non pas à la justice, pour obtenir la quotité de biens qui lui est attribuée.

(6) Nous ne parlons pas de l'État, car il ne meurt pas.

(7) Code de Hollande, art. 913.

se trouver le premier dans l'ordre de parenté pour être appelé à la succession d'une personne; il faut, de plus, être capable de lui succéder sous les autres rapports, réunir en soi les conditions requises par la loi; et, même avec ces conditions, on peut encore être écarté de l'hérédité comme indigne, à cause de l'ingratitude dont on s'est rendu coupable envers le défunt ou envers sa mémoire.

65. De là il est évident que l'incapacité et l'indignité procèdent de causes tout à fait différentes: l'incapacité empêche celui qui en est atteint d'arriver à l'hérédité, d'être saisi du droit; en sorte qu'il n'est pas besoin d'une action judiciaire pour lui enlever les biens, car il ne les a jamais eus.

L'indignité, au contraire, suppose que celui qui en est frappé avait dans sa personne toutes les qualités requises pour succéder au défunt: elle ne l'a point empêché d'être saisi (1), s'il était d'ailleurs du nombre des héritiers auxquels la loi accorde la saisine, c'est-à-dire du nombre des héritiers réguliers, des héritiers légitimes. Mais, à cause de son indignité, les biens peuvent lui être enlevés, sur la demande de ceux qui étaient appelés avec lui ou après lui dans l'ordre de successibilité, ainsi qu'on le verra bientôt.

D'après cela, il convient de ne point confondre ces deux causes d'exclusion (2). Nous les traiterons séparément dans les sections suivantes.

SECTION PREMIÈRE.

DES CAUSES D'INCAPACITÉ DE SUCCÉDER.

SOMMAIRE.

66. *Causes de l'incapacité de succéder: texte de l'article 725.*

§ Ier.

De celui qui n'était pas encore conçu au moment de l'ouverture de la succession.

67. *Celui qui n'était pas encore conçu au moment de la mort du défunt ne lui succède pas.*

68. *Application du principe.*

69. *Autre exemple, tiré du cas où l'enfant légitimé était bien conçu, et même né au moment du décès du défunt, mais non encore légitimé à cette époque.*

70. *L'enfant simplement conçu est réputé né pour recueillir les successions qui s'ouvrent avant sa naissance, pourvu qu'il naisse viable.*

71. *Pour décider s'il était conçu au moment de l'ouverture d'une hérédité, on* doit *supposer que la gestation a pu durer trois cents jours, mais pas davantage; qu'elle a pu ne durer que cent quatre-vingts jours, mais pas moins.*

72. *Suite.*

73. *Quand, au décès d'un individu, sa femme est enceinte, il est nommé un curateur* ad ventrem: *renvoi.*

§ II.

De l'enfant qui ne naît pas viable.

74. *La loi ne s'occupe pas de ceux qui ne naissent pas en vie;*

75. *Ni même de ceux qui naissent en vie, mais qui ne naissent pas viables, c'est-à-dire avec l'aptitude à vivre.*

76. *Ce qu'on doit entendre par* viable.

77. *Suite.*

78. *Comment s'administre la preuve du fait, que l'enfant, mort peu de moments après sa naissance, est néanmoins né viable, qu'il a pu recueillir une succession ou autres droits, et les transmettre.*

§ III.

De l'incapacité du mort civilement, relativement au droit de succéder.

79. *Depuis l'exécution réelle ou par effigie du jugement de condamnation à une peine emportant mort civile, celui qui l'a subie est incapable de recueillir une succession: renvoi à d'autres parties de l'ouvrage.*

80. *Si la condamnation est par contumace, l'incapacité de recueillir commence à l'expiration des cinq ans qui ont suivi l'exécution du jugement par effigie, et elle durera tant que durera la mort civile.*

(1) Il est même telle cause d'indignité qui ne peut exister que postérieurement à l'ouverture de la succession, par conséquent, postérieurement à l'époque où l'héritier se trouve saisi; c'est le cas où l'héritier majeur, instruit du meurtre du défunt, ne l'a pas dénoncé à la justice.

(2) Ce mot n'est peut-être pas le mot propre pour les caractériser toutes deux; mais le Code l'emploie aussi bien pour signifier la non-admission (art. 444) que pour signifier l'expulsion: ce n'est, au surplus, que dans ce dernier sens qu'il s'applique à l'indigne, car l'indigne est exclu (art. 727), et dans le premier, à l'incapable.

§ IV.

De l'étranger, relativement à la capacité de succéder en France.

81. *Texte de l'article* 726 *sur ce point, et de l'article* 11.
82. *Comment on les interprétait.*
83. *Abrogation des articles* 726 *et* 912 *par la loi du* 14 *juillet* 1819, *qui permet, d'une manière absolue, aux étrangers, de succéder en France, et de recevoir en France, comme les Français; texte de cette loi.*
84. *Explication de son article* 2, *touchant le droit de prélèvement qu'il consacre dans le cas qui y est prévu.*

66. « Pour succéder, porte l'article 725, il « faut nécessairement exister à l'instant de l'ou- « verture de la succession.

« Ainsi, sont incapables de succéder, 1° celui « qui n'est pas encore conçu; 2° l'enfant qui « n'est pas né viable; 3° celui qui est mort ci- « vilement. »

Nous expliquerons ce qui concerne chacun d'eux dans un paragraphe particulier, et dans un quatrième nous parlerons de l'étranger.

§ Ier.

De celui qui n'était pas encore conçu au moment de l'ouverture de la succession.

67. S'il faut exister pour recueillir une succession, pour remplacer le défunt, il est clair que celui qui n'était pas encore conçu au moment de la mort de ce dernier n'a pu lui succéder, car le néant n'est capable de rien, et qu'il ne le pourra pas davantage lorsqu'il naîtra, puisque le défunt serait pendant un certain temps sans représentant, ou qu'il faudrait enlever les biens à ceux qui les ont recueillis comme étant alors ses plus proches parents; mais il n'en saurait être ainsi, ni sous l'un ni sous l'autre rapport : la dévolution des biens par voie d'hérédité ne saurait rester en suspens : *Le mort saisit le vif et son hoir le plus proche,* et il le saisit d'une manière irrévocable, parce qu'un droit légalement acquis ne saurait être transporté d'une personne à une autre sans la volonté de la première. Or le plus proche parent au moment de l'ouverture de la succession était celui que la loi appelait à la recueillir, et à qui elle la déférait elle-même. Un événement postérieur ne saurait donc la lui ravir sans injustice. Rien ne serait certain en cette matière s'il en était autrement.

68. Il suit de ces principes, que si un de mes frères meurt sans enfants ni descendants, sa succession, en supposant notre père et notre mère vivants, appartiendra pour moitié à ceux-ci (art. 748) (1); l'autre moitié à mes autres frères ou sœurs, ou descendants d'eux, et à moi; et s'il nous survient un autre frère qui n'était point encore conçu au moment de l'ouverture de la succession, il n'y pourra prétendre aucun droit : car, pour succéder, il faut être vivant au moment où s'ouvre l'hérédité.

69. Ainsi encore, un fils renonce à la succession de son père, ou en est exclu pour cause d'indignité : la succession, à défaut d'autres enfants du défunt, est dévolue à ses ascendants ou à des collatéraux, n'importe le degré de parenté de ces derniers, fussent-ils au douzième; il naît ensuite au fils un enfant qui n'était point encore conçu au moment de l'ouverture de l'hérédité : cet enfant ne pourra point la réclamer de ceux qui l'ont recueillie, quoique le premier ordre de successibilité soit la ligne descendante, qui, en quelque degré que soit le descendant, est toujours préférée aux ascendants et aux collatéraux; car il faut pour les descendants, comme pour tous autres héritiers, la capacité de recueillir au moment de l'ouverture de la succession, par conséquent il faut être conçu à cette époque : or, dans l'espèce, le petit-fils du défunt ne l'était point encore. On multiplierait facilement les exemples.

Nous n'en citerons plus qu'un, dont nous avons déjà rapporté l'espèce au tome II, n° 183, où, suivant un arrêt de cassation (2), les enfants légitimés n'ont aucun droit sur les successions des parents morts *avant* le mariage qui a produit

(1) Code de Hollande, art. 901.

(2) Du 11 mars 1811. (Sirey, 1811, part. II, page 129.)

Il s'agissait de la succession d'une sœur utérine, morte quinze jours avant le second mariage de sa mère, duquel résultait la légitimation tacite d'un frère né cent quarante-deux jours seulement depuis ce mariage, par conséquent, évidemment conçu lors de l'ouverture de l'hérédité de la sœur. Cet enfant a été écarté, et avec raison.

leur légitimation, quoiqu'ils fussent conçus et même nés lors du décès de ces mêmes parents, attendu que cette conception antérieure au mariage n'étant pas légitime, c'est, aux yeux de la loi, comme si elle n'eût pas existé, à l'effet d'attribuer à l'enfant des droits de successibilité sur les biens des parents de ses père et mère ; car la légitimation ne peut procurer à l'enfant le bénéfice de la légitimité qu'à partir seulement du mariage qui la lui confère, sans effet rétroactif, puisqu'en disant que les enfants légitimés par le mariage subséquent auront les mêmes droits que s'ils étaient nés de ce mariage, l'art. 333 (1) les considère comme s'ils en étaient nés en effet. Or les successions ouvertes avant cette époque ayant été recueillies par les parents qui se trouvaient en degré utile, la légitimation postérieure de l'enfant n'a pu leur enlever un droit qui leur était acquis. La loi ne défère jamais les successions sous condition, c'est-à-dire, s'il ne survient pas un jour de plus proches parents, légitimes ou légitimés : elle les défère purement et simplement, d'une manière irrévocable.

70. Mais comme, en droit, l'enfant conçu est réputé né toutes les fois qu'il y va de son intérêt (2), la loi n'exige pas, pour qu'un enfant puisse succéder à ses parents, qu'il soit déjà né au moment de l'ouverture de la succession ; il suffit qu'il soit conçu et qu'il naisse ensuite viable. Si, aux yeux d'une secte de philosophes de l'antiquité, et des physiologistes, le *fœtus* n'est qu'une partie du corps de la mère, *pars viscerum matris*, aux yeux du législateur c'est un être vivant, une personne qui aura bientôt besoin des biens, et qui a par conséquent capacité suffisante pour les recueillir, du moins de droit.

71. Toujours en supposant qu'il naisse viable, l'unique point à considérer est donc de savoir s'il était déjà conçu au moment de l'ouverture de la succession à laquelle l'appelait la proximité du degré de parenté.

Nos lois sur la paternité et sur la filiation, conformes en ce point aux lois romaines (3), supposent, 1° qu'un enfant peut naître viable en naissant le cent quatre-vingtième jour, ou plutôt, depuis celui de sa conception, ou, en d'autres termes, que la gestation peut ne durer que cent quatre-vingts jours ; 2° qu'elle peut durer trois cents jours.

La première de ces deux propositions se démontre par l'art. 314 (4), qui, en disant que le mari ne pourra, dans les cas qu'il énonce, désavouer l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage, fait clairement entendre qu'il pourra le désavouer hors de ces cas, mais qu'il ne peut non plus désavouer l'enfant qui est né le cent quatre-vingtième jour, ou plus tard. S'il ne peut le désavouer, c'est donc que la loi suppose que l'enfant a pu être conçu de ses œuvres depuis son mariage.

La seconde proposition se démontre par l'article 315 (5), qui, en disant que la légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage, pourra être *contestée* (6), témoigne par cela même que cet enfant n'est pas né du mari, qu'il a été conçu depuis la mort de celui-ci : autrement on ne permettrait pas aux héritiers de ce dernier de contester la légitimité dudit enfant. Elle se démontre surtout par l'art. 312 (7), suivant lequel « le mari peut *désavouer* l'enfant « s'il prouve que, pendant le temps qui a couru « depuis le trois centième jusqu'au cent-quatre- « vingtième jour avant la naissance de cet enfant, « il était, soit par cause d'éloignement, soit par « l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité « physique de cohabiter avec sa femme. » Car la loi ne l'admettrait pas à désavouer l'enfant sur cette seule preuve, si elle supposait que la conception de cet enfant a pu avoir lieu avant le trois centième jour antérieurement à sa naissance, puisque l'impossibilité physique de cohabitation dans laquelle serait, depuis, tombé le mari, n'empêcherait point qu'il n'en fût réellement le père. Mais elle suppose, au contraire, que la conception n'a pas eu lieu avant le trois centième jour antérieurement à la naissance, et par conséquent

(1) Code de Hollande, art. 332.

(2) L. 7, ff. *de Statu hominum*.

(3) *Voy.* au tome III le tit. *de la Paternité et de la filiation*, où nous citons ces lois, en les rapprochant des dispositions du Code civil.

(4) Code de Hollande, art. 306.

(5) Ibid., art. 309 et 310.

(6) *Voyez* au tome II, nos 56 et suivants, dans quel sens ce mot doit être entendu.

(7) Code de Hollande, art. 305.

que la gestation ou la grossesse n'a pas duré plus de trois cents jours. D'où il faut tenir, comme règle certaine, que l'enfant qui naît plus de trois cents jours depuis la mort d'un membre de sa famille n'était point encore conçu à cette époque, et qu'il ne peut lui succéder ; comme aussi, ainsi qu'on l'a dit plus haut, que celui qui naît avant le cent quatre-vingtième jour du mariage de sa mère ne peut, lors même qu'il n'est point désavoué, succéder à un parent mort avant le mariage, parce qu'il n'est légalement censé conçu, à l'effet de pouvoir recueillir les successions des parents de ses père et mère, que depuis le mariage seulement. Jusque-là ce n'était qu'un enfant naturel, qui, à ce titre, n'était point appelé à ces successions. En un mot, la légitimation tacite dont cet enfant est l'objet, n'a pas plus d'effet rétroactif que n'en a la légitimation des enfants nés avant le mariage. Et fût-il né après le cent quatre-vingtième jour depuis la célébration, par exemple, au bout de neuf mois, il ne succéderait pas davantage à ce parent, puisqu'on ne peut jamais supposer une conception légitime antérieure au mariage des père et mère.

72. Nous croyons ces points incontestables ; mais il est également incontestable que l'enfant qui n'est pas né plus de trois cents jours depuis la mort d'un parent, peut néanmoins être écarté de la succession, comme n'étant point encore conçu au moment où elle s'est ouverte, s'il n'est né que dans le dixième mois depuis cette époque? La présomption légale de la durée possible de la gestation pendant trois cents jours, est-elle applicable en faveur de l'enfant aussi bien en matière de succession qu'en matière de filiation, en ce sens qu'elle ne puisse même être combattue?

M. Chabot s'exprime ainsi sur ce point : « Sans « doute on doit bien décider *en faveur de l'enfant* que, s'il n'y a pas eu plus de trois cents « jours d'intervalle depuis l'ouverture de la succession jusqu'à la naissance, il doit être *présumé* conçu au moment où la succession s'est « ouverte, mais la preuve est admisible contre « cette présomption : en la rejetant indéfiniment, on s'exposerait à une foule de méprises « et d'injustices. C'est aux gens de l'art que cette « preuve doit être confiée; le plus souvent ils « sont en état de juger, en examinant l'enfant « et la mère au moment de la naissance, quelle « est l'époque à laquelle remonte la conception ; « seulement, s'il y a des doutes, c'est en faveur « de l'enfant qu'il faut décider. »

Mais si l'on écarte le cas où la mère aurait mis au monde un autre enfant à une époque antérieure qui ne remonterait pas au delà d'un certain temps quand l'enfant dont il s'agit est venu à naître, et quelques cas particuliers tirés des circonstances dans lesquelles ont pu se trouver les père et mère, il y a toujours des doutes plus ou moins grands sur la durée de la gestation. Les gens de l'art eux-mêmes ne peuvent décider avec certitude si un enfant a été porté deux cent quatre-vingt-dix, deux cent quatre-vingts jours, ou s'il l'a seulement été pendant deux cent soixante et dix, qui est la durée ordinaire de la grossesse, du moins suivant l'opinion commune; et nous pensons qu'admettre la preuve contre la présomption, c'est s'exposer à des méprises et à des injustices, parce que c'est livrer le droit de l'enfant à l'arbitraire, ou, tout au moins, aux chances d'un genre de preuve rempli d'incertitude, puisqu'il est couvert d'obscurité. Doit-on ramener en matière de succession les disputes, les controverses, les différents systèmes que la loi a voulu proscrire en matière de filiation? C'est ce que nous ne pensons pas. Si elle s'est décidée en faveur de l'enfant né dans les trois cents jours depuis la mort du mari, à l'effet de lui assurer tout à la fois et la légitimité et la succession de ce dernier, pourquoi s'écarterait-on de ces règles quand il s'agirait seulement de la succession d'un autre parent? Pourquoi l'enfant né le deux cent quatre-vingt-dix-neuvième jour (et même le trois centième, selon nous), depuis la mort du mari de sa mère, succéderait-il à ce dernier, quand il serait possible, en admettant la preuve contre la présomption, de l'écarter de la succession d'un oncle paternel mort quinze jours et plus après le décès de son frère? Par exemple, ne répugnerait-il pas à la raison qu'un enfant né dans les derniers jours d'octobre 1833 fût légalement présumé avoir été conçu le 1er janvier précédent, à l'effet d'avoir pu recueillir la succession de son père, mort à cette dernière époque, sans qu'on pût attaquer cette présomption, quand cependant, en admettant qu'elle pût être attaquée, et qu'elle le fût avec succès, il serait censé n'avoir pas été conçu au 15 janvier

de la même année, époque du décès de son oncle? La cour royale de Paris et celle de cassation ont jugé (1) dans notre sens, en décidant que « la « successibilité, en général, est une conséquence « de la légitimité; que l'enfant réputé légitime « est habile à succéder, de droit, à ses parents « morts depuis l'époque à laquelle on peut, pour « le faire réputer légitime, faire remonter l'épo- « que de sa conception. »

73. Lorsqu'au décès d'un individu, sa femme se déclare enceinte, il est nommé un curateur qu'on appelle curateur *ad ventrem* (art. 393) (2), pour administrer les biens du mari, et surtout afin qu'il n'y ait pas de supposition de part. Nous avons suffisamment développé ce point au tome III de cet ouvrage, nos 428 et suivants, où nous disons que, généralement, cette mesure ne paraît pas nécessaire lorsqu'il existe d'autres enfants du mariage.

§ II.

De l'enfant qui ne naît pas viable.

74. Nous avons dit que l'enfant simplement conçu n'est appelé à succéder que sous la condition qu'il naîtra viable. Ce n'est que dans cette attente que la loi le regarde comme capable de recueillir des biens, puisque les biens ne sont utiles qu'à ceux qui peuvent vivre; elle ne s'occupe pas des autres. Aussi l'enfant qui vient mort au monde n'est pas réputé enfant, ce n'est point une personne (3).

75. Mais la loi n'exige pas seulement que, pour avoir la capacité de succéder à quelqu'un, un enfant ne naisse pas mort; elle veut aussi qu'il naisse *viable*, c'est-à-dire avec les conditions nécessaires pour vivre, avec l'aptitude à vivre; que sa conformation soit telle, qu'en le voyant on ne puisse dire : Il n'est né que pour mourir de suite, et non pas pour vivre : tel est l'esprit de la loi. Car, quoiqu'un enfant eût eu vie après être sorti du sein de sa mère, qu'il en eût donné la preuve par quelques faibles cris ou vagissements, ou par quelques mouvements de ses membres, ou enfin par sa respiration plus ou moins forte, néanmoins, s'il n'était pas conformé de manière à pouvoir vivre, parce qu'une partie notable du temps de la gestation lui aurait manqué (4), ou parce que la nature ne lui aurait jamais donné, à aucune époque de la grossesse, la force nécessaire pour vivre, ou parce qu'enfin, s'éloignant encore plus de ses voies ordinaires, elle lui aurait refusé les formes humaines les plus essentielles (5), l'enfant, bien que né en vie, ne serait cependant pas né *viable;* il ne serait pas né avec la capacité pour vivre : la *viabilité,* ou, en d'autres termes, l'aptitude à vivre, mais à vivre pour ne pas mourir aussitôt ou pour vivre dans la société des hommes, lui aurait manqué, et la condition sous laquelle la loi l'appelait à succéder aurait défailli.

76. Il ne s'agit donc plus, dans l'état de notre législation, de savoir si un enfant qui a fait quelques mouvements après être sorti du sein de sa mère a eu vie, ce qui n'est pas douteux si ces mouvemens n'ont pas été uniquement causés par la distension des chairs, ou par la sortie de l'air qui était renfermé dans le corps, question du domaine des gens de l'art; mais il s'agit de savoir si

(1) Arrêts du 29 juillet 1819 et du 8 février 1821. (Sirey, t. XXI, part. I, page 404.)

(2) Code de Hollande, art. 403.

(3) *Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur; quia nunquam liberi appellari potuerunt*. L. 129, ff. *de Verb. signif*

(4) M. Chabot dit que la naissance avant le cent quatre-vingtième jour de la *conception* n'est pas légalement présumée être celle d'un enfant viable, suivant l'art. 314 du Code.

Mais nous ferons observer que l'époque précise de la conception ne pouvant être connue, la décision de cet auteur reste sans objet; car, en admettant qu'il s'agit d'un enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage, et d'une succession ouverte même depuis le mariage, l'enfant ne serait pas écarté comme né non viable, mais comme n'étant, lors de l'ouverture du droit, que *partus naturalis tantum*, ainsi qu'il a été dit précédemment.

(5) *Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur; veluti si mulier monstrosum aliquid aut prodigiosum enixa sit*. L. 14, ff. *de Statu hominum*.

Mais nos auteurs s'accordent à penser que celui qui a l'essentiel de la figure humaine jouit de tous les droits d'enfant, quoiqu'il eût d'ailleurs quelque chose de difforme; qu'il en serait de même, encore qu'il lui manquât un ou plusieurs membres. *Si*, dit la L. 12, § 1, ff. *de Lib. et posth.*, *non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpat? et hoc tamen rumpit*. Il en serait de même aussi s'il s'unissait quelque membre étranger à un corps humain; comme si la nature avait agencé des pieds d'animal au corps d'un homme ayant la tête de l'homme. Mais si, à la place de cette partie, la plus noble de toutes, la nature, par une de ces déplorables aberrations, dont on a vu tant d'exemples, s'avisait de substituer une tête d'animal, cet être serait rangé dans la classe des monstres, et non dans celle des hommes. *Voyez* au surplus Lebrun, *des Successions*, liv. I, chap. IV, sect. I; Ricard, *des Dispositions conditionnelles*, tome II, chap. V, nos 100 et suiv.

cet enfant est né avec l'aptitude pour vivre, s'il est né viable, en un mot : car la loi ne dit pas que le mort-né ne peut succéder; elle dit que l'enfant qui ne naît pas viable n'a pas eu la capacité de recueillir une succession, pour la transmettre à d'autres. Par là se trouve écartée la question, agitée dans les lois romaines, et ensuite entre nos anciens jurisconsultes, de savoir si l'enfant qui était sorti du sein de sa mère avec la vie, avait pu succéder, quoiqu'il n'eût émis aucun son; car il faudra toujours en revenir à cette autre question, plus positive, plus précise : L'enfant est-il né viable?

Dans la L. 3, Cod. *de Posthum. hered. instit.*, Justinien agite et résout la première, qui, disons-nous, ne porte pas sur le point de la difficulté tout entière. Il dit d'abord que les anciens jurisconsultes avaient beaucoup disputé sur la question de savoir si, par sa naissance, un enfant qui avait été prétérit dans le testament de son père, avait rompu le testament, quoiqu'il n'eût poussé aucun cri, qu'il n'eût émis aucun son? Il rapporte, en l'approuvant, l'opinion des Sabiniens, qui pensaient qu'en naissant vivant, l'enfant annulait le testament du père, bien qu'il n'eût fait entendre aucun son; et il décide enfin que si l'enfant naît avec une conformation régulière (*perfecte natus*), il annule le testament et succède à son père, quoiqu'il soit mort sur-le-champ, soit en tombant à terre au sortir du sein de la mère, soit en échappant des mains de ceux qui l'ont reçu, pourvu toutefois qu'il soit sorti tout entier vivant (*si vivus ad orbem totus processit*), et qu'il ne soit d'ailleurs pas né avec les formes d'un monstre (*ad nullum monstrum declinans vel prodigium*).

Mais, nous le répétons, l'enfant pourrait être sorti tout entier vivant du sein de sa mère, n'avoir que les formes humaines, et cependant n'être pas né *viable*, si, quoique d'ailleurs tous ses membres fussent régulièrement formés (*perfecte natus*), la nature ne lui avait donné qu'une constitution tellement débile, lui avait, à tous les moments de la gestation, imprimé une si grande faiblesse, qu'il fût évident qu'il n'était nullement apte à parcourir le cercle de la vie, même la plus courte.

Au surplus, nous tombons d'accord avec Justinien, s'il a entendu seulement par ces mots, *perfecte natus*, une constitution ordinaire, une conformation régulière aussi bien sous le rapport de la force que sous celui de la disposition et de la forme des membres; nous tombons d'accord, disons-nous, que l'enfant ainsi régulièrement conformé et constitué, et qui est sorti tout entier du sein de sa mère avec la vie, a eu qualité pour succéder, quoiqu'il soit mort par suite de l'un des accidents dont il parle, parce qu'en effet un tel enfant était viable, l'événement qui lui a ravi la vie n'ayant aucun rapport avec la viabilité dont il était doué en naissant.

77. Nous allons plus loin. Quand bien même cet enfant serait mort de suite naturellement, sans qu'aucun accident ou imprudence des personnes qui l'ont reçu l'eût privé de la vie, il aurait encore été capable de succéder si, comme nous le supposons, il était né avec une constitution telle qu'on ait pu raisonnablement espérer qu'il vivrait. Mais, encore une fois, quand même un enfant aurait vécu quelques intants, quelques heures même, si, évidemment, sa conformation, sous le rapport de la force aussi bien que sous celui du développement et de la régularité des formes, ne permettait pas d'espérer qu'il dût vivre, il aurait bien eu la vie, mais non la viabilité, qui est quelque chose de plus; et il n'aurait jamais succédé aux parents de ses père et mère morts durant la grossesse, ni à sa mère morte dans l'enfantement. C'est dans ce sens qu'il faut entendre le décret du 4 juillet 1806 (1), quand il dit qu'il ne peut résulter des déclarations de ceux qui ont présenté à l'officier de l'état civil un enfant mort dont la naissance n'a point été enregistrée, aucun préjugé sur la question de savoir si l'enfant *a eu vie ou non;* car par là le décret, qui a seulement voulu combler une lacune du Code civil, n'a point entendu déroger à la disposition de ce Code qui exige qu'un enfant naisse viable pour pouvoir succéder, et qui n'exige pas uniquement qu'il ait eu vie, autrement il eût dû dire simplement : Celui qui est né mort est incapable de succéder; mais ses termes offrent un tout autre sens.

78. La question de droit ainsi résolue, il peut se présenter de graves difficultés sur la preuve à

(1) Nous avons rapporté les dispositions de ce décret au tome I, n° 329, et *supra*, n° 42.

faire, que l'enfant, qui n'existe plus maintenant, qui est peut-être déjà inhumé depuis plus ou moins de temps, a cependant vécu et est né viable ; qu'il a pu recueillir une succession ou autres droits, et les transmettre : cette preuve, qui ne peut résulter, ainsi que nous l'avons dit, des déclarations qui auraient été insérées dans l'acte rédigé par l'officier de l'état civil quand l'enfant, dont la naissance n'a pas été enregistrée, lui a été présenté mort, cette preuve est à la charge de ceux qui prétendraient que cet enfant a eu la capacité de succéder, qu'il a succédé et qu'il leur a transmis la succession ; car celui qui réclame un droit du chef d'un autre, qui l'a selon lui recueilli, doit prouver que ce dernier l'a en effet recueilli, par conséquent, qu'il réunissait dans sa personne, lors de l'ouverture de ce droit, toutes les conditions requises par la loi ; or une des conditions de la capacité à l'effet de succéder, c'est d'avoir été vivant et viable au moment de l'ouverture de la succession.

Cette preuve résultera donc des témoignages des accoucheurs, chirurgiens, médecins ou sages-femmes qui auront reçu l'enfant, ou donné des soins à la mère dans l'accouchement, ainsi que du témoignage des autres personnes qui auraient vu cet enfant ; les tribunaux pèseront la gravité de ces témoignages, suivant le degré de lumières de ceux qui les feront, et la confiance qu'ils mériteront d'ailleurs sous d'autres rapports : s'ils sont contraires les uns aux autres, les juges se détermineront par ceux de ces témoignages qui leur paraîtront du plus grand poids. Si les témoignages se neutralisent par leur force réciproque, la preuve n'étant point faite, l'enfant n'aura pas recueilli et n'aura pas transmis.

§ III.

De l'incapacité du mort civilement, relativement au droit de succéder.

79. D'après ce que nous avons exposé sur *la mort civile*, au tome Ier, et dans celui-ci, *supra*, nos 34 et suivants, nous n'avons que peu de chose à dire sur l'incapacité de succéder dont sont frappés les morts civilement. Nous nous bornerons donc à un simple résumé de nos décisions à cet égard.

Ainsi, si l'individu a été condamné contradictoirement à une peine emportant mort civile, toute succession échue depuis l'exécution, soit réelle, soit par effigie, du jugement de condamnation, ne saurait lui appartenir, ni être transmise par lui à ceux qui recueilleront la sienne. (Art. 25.)

80. S'il a été condamné par contumace, toute succession ouverte depuis l'expiration des cinq ans qui ont suivi l'exécution, par effigie, du jugement, mais avant sa comparution volontaire ou forcée en justice, ne saurait davantage lui être dévolue, quand bien même il rentrerait depuis dans la vie civile par un jugement d'absolution ou d'acquittement, car il n'y rentrerait que pour l'avenir, et sans préjudice des effets que la mort civile a produits pour le passé, dans l'intervalle qui s'est écoulé depuis l'expiration des cinq ans jusqu'à sa comparution en justice (art. 30, Code civ. et 476 Code d'instr. crim.). La succession resterait donc à ceux qui l'ont recueillie à son défaut.

§ IV.

De l'étranger, relativement à la capacité de succéder en France.

81. Le Code civil porte, dans son art. 726 (1) : « Un étranger n'est admis à succéder aux biens « que son parent, étranger ou Français, possède « dans le territoire du royaume, que dans les « cas et de la manière dont un Français succède « à son parent possédant des biens dans le pays « de cet étranger, conformément aux dispositions de l'art. 11, au titre *de la Jouissance et* « *de la Privation des droits civils.* »

Et cet article 11, que nous avons expliqué au tome I, est ainsi conçu : « L'étranger jouira en « France des mêmes droits civils que ceux qui « sont ou seront accordés aux Français, par les « traités de la nation (2) à laquelle cet étranger « appartiendra. »

(1) Code de Hollande, art. 884.

(2) Il faut, pour l'exactitude, *par les traités faits avec la nation*, etc. ; car une nation a des lois à elle ; mais les traités sont nécessairement l'ouvrage de deux ou de plusieurs gouvernements. Dans le *projet*, il y avait, *par les lois et les traités de la nation* : on supprima le mot *lois*, parce qu'on voulut la réciprocité, et on a laissé le surplus de la rédaction, qui, quoique incorrecte, est au surplus suffisamment claire.

82. Ainsi, d'après ces articles, il fallait, pour qu'un étranger pût succéder à son parent étranger ou Français, quant aux biens que ce parent possédait en France, 1° une capacité de nation à nation, et qui ne pouvait résulter que des traités faits entre le gouvernement français et le gouvernement de cet étranger; 2° une capacité particulière résultant des lois françaises, car assurément, dans les cas où un Français lui-même n'aurait pu succéder en France, parce qu'il ne réunissait pas dans sa personne les conditions nécessaires relativement à la capacité, telles que nos lois les établissent, l'étranger, dans les mêmes cas, ne l'aurait pu davantage; 3° que les lois du pays de cet étranger eussent admis un Français à succéder, en pareil cas, à l'étranger dans le pays de cet étranger. Aussi l'étranger n'était-il admis, par le Code civil, à succéder à son parent français ou étranger, quant aux biens laissés par celui-ci en France, c'est-à-dire quant aux immeubles (car ce sont les seuls biens qui soient uniquement régis par la loi française (art. 3), les meubles, comme n'ayant pas, à proprement parler, de situation, l'étant par celles du domicile du défunt (1), en quelque pays qu'ils se trouvent de fait), que de la même manière dont un Français aurait succédé à ce parent possédant des biens dans son pays, par conséquent pour la même quotité que celle qu'aurait eue le Français dans le pays de l'étranger, quoique cet étranger eût dû en avoir une plus forte, s'il eût été Français; par conséquent encore, aux seuls biens de même origine que ceux auxquels un Français, en pareil cas, aurait été appelé dans le pays de l'étranger. En sorte que si le Français eût dû, d'après les lois de ce pays, et à l'égard d'une succession qui s'y serait ouverte, être écarté par un autre parent, par réciprocité ce parent aurait été écarté, d'après le Code civil, quant aux immeubles situés en France, par le Français. De même, si le Français n'eût pu, toujours d'après les lois du pays de l'étranger, venir, par représentation d'un parent prédécédé, à une succession ouverte dans le pays de cet étranger, ce dernier n'aurait pu pareillement venir par ce mode à la succession ouverte en France; sans toutefois qu'on dût conclure, en sens inverse, que si le Français eût pu, d'après ces mêmes lois, représenter tel parent qu'il n'eût pu représenter en France d'après les lois françaises, l'étranger eût été admis à le représenter dans le même cas; car le Code avait bien sans doute voulu établir, au moyen des traités, une parfaite réciprocité, mais non pas donner à un étranger, dans une succession ouverte en France, des droits qu'il n'a pas accordés à un Français placé dans le même cas, dans le même degré de parenté. Tel était, nous le croyons, le véritable sens de l'article 726.

83. Est intervenue la loi du 14 juillet 1819, dont voici les dispositions :

Art. 1er. « Les articles 726 et 912 (2) du Code « civil sont abrogés; en conséquence, les étran- « gers auront le droit de *succéder*, de disposer et « de recevoir de la même manière que les Fran- « çais, dans toute l'étendue du royaume.

Art. 2. « Dans le cas de partage d'une même « succession entre des cohéritiers étrangers et « français, ceux-ci prélèveront sur les biens si- « tués en France une portion égale à la valeur « des biens situés en pays étranger dont ils se- « raient exclus, à quelque titre que ce soit, en « vertu des lois et coutumes locales. »

84. Cette seconde disposition a pour objet de maintenir, autant que possible, l'égalité de droits entre les divers cohéritiers, et d'empêcher, à cet effet, que les cohéritiers étrangers ne profitent tout à la fois, au détriment des cohéritiers français, de l'avantage de la loi française et des avantages particuliers que leur attribueraient les lois ou les coutumes de leur pays, où seraient situés des biens de la même hérédité. De là, si l'on suppose une succession composée de 300,000 fr. de biens, dont 100,000 sont situés en pays étranger et 200,000 en France, et qu'un statut local attribue à l'un des héritiers sur les biens situés dans le pays étranger, un droit d'aînesse qui s'élève à la moitié de ces biens, ou des biens nobles qui s'élèvent à cette quotité, les héritiers français prélèveront 50,000 fr. sur les biens de France, et le partage des autres biens, situés, soit en France, soit en pays étranger, aura lieu conformément aux règles ordinaires; que si, d'après les

(1) *Voyez* tome I, n° 90.

(2) Code de Hollande, art. 881 et 937.

lois du pays étranger, les Français sont totalement exclus des biens qui y sont situés, ils prendront, par préciput, sur ceux de France, une valeur correspondante, s'ils sont suffisants.

SECTION II.

DES INDIGNES DE SUCCÉDER.

SOMMAIRE.

85. *Division de la section.*

§ Ier.

Des cas d'indignité.

86. *Ces cas sont au nombre de trois.*
87. *Il n'est pas permis d'en ajouter d'autres.*
88. *Est indigne celui qui a été condamné pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt.*
89. *Il en est de même du complice de l'auteur direct du crime.*
90. *Mais il faut, à l'égard de l'un comme à l'égard de l'autre, qu'il y ait eu condamnation pour ce fait.*
91. *Ainsi, celui qui était en démence au moment du fait, ou qui y a été poussé par une force majeure, n'est point indigne, puisqu'il n'y a ni crime ni délit.*
92. *Il en est de même de celui qui n'a commis l'homicide que dans un cas de légitime défense de soi-même, ou parce que l'homicide était légalement ordonné;*
93. *Et de celui qui, âgé de moins de seize ans, a été déclaré avoir agi sans discernement;*
94. *De celui aussi qui n'a causé la mort du défunt que par imprudence, inattention, maladresse ou négligence, quoiqu'il y ait, dans ce cas, condamnation à une peine correctionnelle :*
95. *De celui-là même aussi qui a donné la mort volontairement, mais dans un cas où le meurtre est déclaré excusable par la loi, bien qu'il y ait également, dans ce cas, condamnation à une peine correctionnelle.*
96. Quid *du cas où la mort a été donnée en duel? Le cas se décide par une distinction.*
97. *Dans le cas même de meurtre proprement dit, si l'héritier meurt avant ou durant les poursuites, on ne peut pas dire qu'il a été indigne, puisqu'il n'a point été condamné.*
98. *Une fois condamné pour meurtre ou tentative de meurtre sur le défunt, les lettres de grâce qu'il obtiendrait ne le relèveraient pas de l'indignité.*
99. *Si la condamnation à une peine emportant mort civile a eu lieu par contumace, et que le condamné ne la purge point dans les cinq ans, il a encouru l'indignité quand bien même il rentrerait dans la vie civile dans la suite.*
100. *Mais s'il meurt dans les cinq ans, il n'est pas censé avoir été condamné, et il n'a point été indigne.*
101. *Dans cette hypothèse, s'il était mort avant celui de la succession duquel il s'agit, ses enfants pourraient très-bien le représenter, si l'on était d'ailleurs dans un des cas où la loi admet la représentation.*
102. *L'héritier qui a porté contre le défunt une accusation capitale jugée calomnieuse est indigne de lui succéder.*
103. *On entend chez nous par* accusation, *une plainte ou une dénonciation en justice.*
104. *Par accusation* capitale, *on doit incontestablement entendre toute accusation dont l'effet aurait pu être d'entraîner une condamnation quelconque à une peine emportant mort civile.*
105. *Doit-on aussi entendre par là une accusation dont l'effet aurait pu être une condamnation à une peine afflictive et infamante, mais sans entraîner la mort civile, ou même seulement infamante?*
106. *Résolution de la question.*
107. *Il faut que l'accusation soit jugée calomnieuse; de quelles manières elle a pu l'être.*
108. *Le défunt a pu, en ne la faisant pas juger, faire grâce de l'indignité à son accusateur.*
109. *Mais il ne le peut plus dès qu'il y a un jugement qui a déclaré l'accusation calomnieuse.*
110. *L'héritier majeur qui, instruit du meurtre du défunt, ne l'a pas dénoncé à la justice, est indigne, à moins que le meurtrier ne fût son proche parent. Difficulté que présente l'exercice de cette exception.*
111. *Anciennement, il fallait que l'héritier majeur se constituât vengeur du défunt, c'est-à-dire qu'il se portât, dès le principe, partie civile au procès criminel; le Code n'exige rien autre chose de lui, si ce n'est qu'il dénonce e meurtre.*
112. *Cette dénonciation n'est même pas prescrite à l'héritier mineur pour éviter l'indignité, toutefois, sous une distinction.*

113. *La loi n'a pas fixé de délai pour faire la dénonciation; c'est un point laissé à la sagesse du juge, de voir si l'héritier attaqué en indignité pour ne l'avoir faite que tardivement, pouvait la faire plus tôt.*

114. *On ne peut faire valoir contre un individu une cause d'indignité, relativement à la succession d'une autre personne que celle envers laquelle il s'était rendu coupable, quand bien même la première de ces personnes aurait recueilli la succession de la seconde.*

§ II.

Des effets de l'indignité.

115. *L'indignité ne peut être prononcée que par jugement.*

116. *L'action pour la faire prononcer est purement civile : à quel tribunal elle doit être portée.*

117. *La loi n'ayant fixé aucun délai pour l'exercer, elle dure par conséquent trente ans.*

118. *Elle peut être exercée par tous ceux qui sont ou seraient appelés à recueillir le droit qu'aurait l'indigne.*

119. *Les donataires et légataires peuvent aussi l'exercer dans certains cas.*

120. *Les héritiers et représentants de ceux qui avaient cette action peuvent également l'exercer du chef de ces derniers.* Quid *à l'égard des créanciers du parent qui ne l'exerce pas?*

121. *L'indigne est tenu de restituer, avec la succession, tous les fruits qu'il a perçus.*

122. *Il ne pourrait invoquer la prescription de cinq ans pour se dispenser de restituer ceux qu'il a perçus antérieurement à cinq ans au jour de la demande.*

123. *Il doit aussi les intérêts de toutes les sommes qu'il a touchées, quoiqu'il n'en eût pas lui-même retiré.*

124. *S'il était débiteur du défunt, sa dette, éteinte par confusion en tout ou partie, renaît contre lui.*

125. *S'il était créancier, sa créance, dans notre droit, et à la différence du droit romain, renaîtrait à son profit.*

126. *Généralement les actes qu'il a faits avec des tiers de bonne foi, relativement aux biens de la succession, doivent être respectés par ceux qui l'ont exclu.*

127. *On veut excepter les donations, mais cette exception n'est pas fondée.*

128. *Elle ne le serait pas surtout à l'égard des donations faites par contrat de mariage.*

129. *Les enfants de l'indigne venant de leur chef, ne sont pas exclus pour la faute de leur père : texte de l'article 730.*

130. *Motifs de la loi sur ce point, en dérogeant à l'ancienne jurisprudence. Divers exemples de cas dans lesquels l'article 730 s'applique sans difficulté.*

131. *Dans les cas où les enfants de l'indigne prédécédé ne peuvent venir à la succession que par le secours de la représentation, parce qu'il y a des héritiers du même ordre qui sont à un degré plus proche, l'article les exclut : discussion à cet égard.*

132. *Si les enfants d'un individu coupable d'un fait d'indignité envers son père, ne peuvent le représenter dans la succession de ce dernier, leur aïeul, ils peuvent du moins, s'il est prédécédé, le représenter dans celle de leur bisaïeul.*

133. *Si deux fils se sont rendus indignes de succéder à leur père, et qu'ils soient prédécédés l'un et l'autre, laissant, l'un un enfant, et l'autre des petits enfants seulement, mais ni frères ni sœurs, ni descendants d'eux, rien n'empêche ces petits enfants de représenter leur père prédécédé, dans la succession de leur bisaïeul, pour venir, concurremment avec l'enfant de l'autre indigne, et avoir à eux tous la part qu'aurait eue leur père.*

85. On a dit plus haut qu'il ne suffit pas, pour succéder, de réunir en sa personne toutes les conditions de capacité, et d'être le plus proche parent du défunt, mais qu'il faut encore n'être pas indigne de le représenter, de recueillir son patrimoine.

Nous verrons d'abord quels sont les cas dans lesquels un héritier peut être exclu de la succession comme indigne ;

Et ensuite nous parlerons des effets de l'indignité.

§ IV.

Des cas d'indignité.

86. Ces cas, d'après l'art. 727(1), sont au nom-

(1) Code de Hollande, art. 885.

bre de trois (1), ou, en d'autres termes, « sont « indignes de succéder, et, comme tels exclus « des successions :

« 1° Celui qui serait condamné pour avoir « donné ou tenté de donner la mort au défunt ;

« 2° Celui qui a porté contre le défunt une « accusation capitale jugée calomnieuse ;

« 3° L'héritier majeur qui, instruit du meurtre « du défunt, ne l'aura pas dénoncé à la justice. »

87. Ces cas d'indignité sont les seuls, et encore le dernier n'en est point un pour l'héritier qui se trouvait proche parent du meurtrier, ainsi qu'il sera expliqué ultérieurement. Il n'est donc pas permis de déclarer un héritier indigne pour toute autre cause que celles qui viennent d'être énoncées. Son inimitié avec le défunt, quelque forte qu'elle eût été, et quelques graves qu'en eussent été les causes, le tort qu'il lui aurait causé dans sa personne, dans son honneur ou dans ses biens, par d'autres faits que ceux exprimés ci-dessus, et qui suffiraient pour faire prononcer la révocation, pour cause d'ingratitude, d'une donation entre-vifs (art. 955)(2), ou d'une disposition testamentaire (art. 1046)(3), ne sauraient fonder une action en indignité contre lui pour l'exclure de la succession. La loi ne s'étant écartée de ses règles ordinaires, touchant la dévolution des biens par voie d'hérédité, que dans tels cas, parce qu'il lui a paru juste et convenable de punir l'héritier qui s'y trouverait, l'on ne saurait, sans blesser son esprit, étendre par analogie ses dispositions exceptionnelles à d'autres faits encore. Elle ne les a point jugés assez graves pour motiver d'autres dérogations à ses principes généraux, qui veulent que le plus proche parent ait les biens du défunt. En un mot, elle juge les cas d'indignité par d'autres principes que ceux de révocation pour cause d'ingratitude.

Reprenons successivement chacune des causes d'indignité.

88. Est indigne *celui qui serait condamné pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt.*

La nature, ainsi qu'on l'a dit bien souvent, se soulève à l'idée que le meurtrier pût recueillir la dépouille de sa victime ; et comme la tentative du crime, manifestée par des actes extérieurs, et suivie d'un commencement d'exécution, dont l'effet n'a été suspendu que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est considérée comme le crime lui-même (art. 2, Cod. pén.), l'indignité est encourue pour la tentative du meurtre comme pour le meurtre réel ; aussi l'article 727 dit-il : « Celui qui serait con« damné pour avoir donné ou *tenté* de donner la « mort au défunt. »

89. Le complice de l'auteur direct du crime étant aussi coupable que lui, puisque les lois pénales lui infligent la même peine (art. 59, Cod. pén.), du moins généralement, il doit être pareillement déclaré indigne, s'il est condamné.

90. Mais la loi ne permet de déclarer indigne l'individu qui a donné ou tenté de donner la mort au défunt qu'autant qu'il a été condamné pour ce fait, parce que la condamnation seule démontre que ce fait est un crime qu'elle a voulu punir ; d'où il suit que toutes les fois qu'elle ne voit point un crime dans ce fait, comme il n'y a point de condamnation, ou du moins qu'il n'y a point de condamnation pour crime, il n'y a point d'indignité.

91. Ainsi, lorsque l'héritier était en démence au moment de l'action, ou lorsqu'il a été contraint à la commettre par une force à laquelle il n'a pu résister, comme il n'y a ni crime, ni délit même (art 64, *ibid.*), il est clair qu'il ne saurait être déclaré indigne.

92. Ainsi encore, lorsque l'homicide était commandé par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui, ou qu'il était ordonné par la loi et commandé par l'autorité légitime, comme il n'y a non plus ni crime ni délit (art. 327, 328, *ibid.*), il ne peut pas davantage y avoir lieu à déclarer l'héritier indigne pour cette cause.

93. Il en serait de même si l'héritier était âgé de moins de seize ans quand il a donné la mort au défunt, et s'il était décidé qu'il a agi sans dis-

(1) Il y en avait un plus grand nombre dans l'ancienne jurisprudence, et bien davantage encore dans le droit romain.

(2) Code de Hollande, art. 1725.

(3) Ibid., art. 1031 et 885.

cernement, car alors il serait *acquitté*, quoiqu'il pût, selon les circonstances, être conduit et détenu dans une maison de correction pendant tel nombre d'années que le jugement déterminerait (art. 66, Cod. pén.); il n'y serait pas détenu pour crime, mais par mesure de sûreté et de précaution.

94. Dans le même ordre d'idées, si la mort du défunt a eu lieu par maladresse, imprudence, inattention, ou négligence de l'héritier, sans aucune intention de sa part, celui-ci n'est pas non plus indigne de lui succéder, quoiqu'il soit *condamné,* d'après l'art. 319 du même Code, à la peine d'emprisonnement de trois mois à deux ans, et à l'amende portée par cet article; car il n'est pas condamné pour fait de meurtre, comme le veut l'art. 727 du Code civil pour qu'il soit déclaré indigne; il est condamné pour simple *homicide* involontaire, et la loi n'a pu vouloir punir un malheur comme un crime (1).

95. Bien plus, si l'homicide, même commis volontairement, est néanmoins excusable d'après la loi, celui qui l'a commis, bien qu'il soit condamné à une peine, parce qu'en effet il n'est point absolument innocent comme celui qui était en démence au moment de l'action, ou qui a usé de la légitime défense de lui-même; celui qui l'a commis, disons-nous, ne doit pas être déclaré indigne : tels sont les cas prévus aux art. 321 et 322 du Code pénal (2); mais le parricide n'est jamais excusable. (Art. 323, *ibid.*)

Il y a, en effet, entre l'homicide commis dans l'un de ces cas, et le meurtre commis avec liberté d'esprit, une différence énorme. Il y a meurtre, il est vrai, parce que la mort a été donnée volontairement; aussi la loi pénale l'appelle-t-elle *meurtre :* mais la provocation qui l'a causé lui enlève le caractère de criminalité, en le rendant *excusable*, pour lui laisser seulement celui de simple délit, punissable d'une peine correctionnelle, et voilà tout (art. 326, Cod. pén). L'héritier n'est donc pas condamné pour un meurtre ordinaire, pour avoir, sans aucune cause légitime, donné la mort au défunt, puisque autrement on lui appliquerait la peine du meurtre; il n'est, en réalité, condamné que comme coupable d'un simple délit, puisqu'on ne lui inflige que la peine d'un délit, et non celle d'un crime. Nous dirons, en outre, avec M. Chabot, qu'il est déjà assez malheureux de s'être trouvé dans une déplorable circonstance, sans qu'on aggrave, par une déclaration d'indignité, le poids du chagrin qu'elle doit lui causer. Sa volonté n'a pas été libre et entière; il a été poussé, entraîné, forcé peut-être au fait d'homicide par un crime que commettait ou que voulait commettre sur lui celui qui a succombé.

96. Comme la mort donnée en duel peut avoir, tantôt les caractères de l'assassinat, tantôt ceux du meurtre, et tantôt ceux du simple homicide commis dans l'état de la nécessité de la légitime défense de soi-même, on ne peut décider, en général, dans l'état actuel de nos mœurs, qu'il doit faire déclarer celui qui en est auteur, indigne de succéder à l'individu qui a succombé (3). La

(1) La L. 3, ff. *de His quæ ut indig. auferr.*, porte, il est vrai, que l'héritier qui, par son *imprudence,* a causé la mort du défunt, doit être privé des biens de celui-ci; mais cette loi n'est d'aucune autorité sous notre Code : 1° parce que, d'abord, il y est question d'une hérédité testamentaire; or les causes qui peuvent, chez nous, priver l'héritier de l'homme, ou tout légataire quelconque, du bénéfice de la disposition, n'ont pas besoin d'être aussi graves que celles qui doivent exclure l'héritier appelé par la loi : c'est ce que nous avons déjà dit; 2° le fisc profitant, dans le droit romain, des biens enlevés aux héritiers et aux légataires pour cause d'indignité, comme de ceux dont ils étaient privés sous prétexte de caducité des dispositions, on avait sans mesure, et dans son intérêt, multiplié ces causes, tandis que chez nous elles sont, au contraire, fort restreintes, et avec raison.

(2) Et peut-être même aussi ceux qui sont prévus aux art. 324 et 325 du même Code.

Lebrun (*des Successions*, liv. III, chap. IX, n° 2) est d'une opinion bien contraire; il décide généralement que, lors même que l'homicide est excusable, il suffit pour faire déclarer l'héritier indigne, parce que, dit-il, il serait d'un trop dangereux exemple de lui permettre de succéder, et que d'ailleurs il y a toujours quelque faute de sa part, soit pour provocation, soit pour n'avoir pas assez su se modérer. M. Espiard, son annotateur, modifie la décision, par trop absolue, de cet auteur, et pense que lorsque l'héritier a mis dans sa défense une raisonnable modération, le surplus est un malheur qui ne doit pas le rendre indigne. Au reste, les termes de notre Code ne permettent guère de prendre pour un guide sûr les opinions plus ou moins concordantes des anciens auteurs sur ce point.

(3) BELGIQUE. Sous l'empire de la loi du 8 janvier 1841, relative au duel, la mort donnée en duel ne peut jamais offrir ce caractère d'homicide commis dans le cas de la légitime défense. Aux termes de l'art. 5 de cette loi, celui qui, *dans un duel, aura donné la mort* à son adversaire, encourt un emprisonnement d'un à cinq ans et une amende de mille à dix mille francs. Cette condamnation fait-elle encourir l'indignité? L'adoption de cette loi est trop récente pour que nous puissions résoudre cette question à l'aide de la jurisprudence. Mais bien qu'on puisse dire, à l'appui de la négative, que l'indignité ne peut être encourue,

jurisprudence des cours royales offre, il est vrai, plusieurs arrêts, qui ont jugé qu'il y a meurtre punissable comme *meurtre* ordinaire, dans le fait d'avoir donné la mort à quelqu'un en duel ; mais la cour de cassation, adoptant des principes contraires, et se fondant sur ce que la loi pénale ne contient aucune disposition contre le duel, et qu'on peut le considérer comme une situation de légitime défense de soi-même, pourvu d'ailleurs qu'il n'y ait eu de la part de celui qui en est sorti vainqueur aucune fraude criminelle, que les usages reçus en pareille occurrence aient été fidèlement observés par lui ; la cour suprême, disons-nous, ne voit point de meurtre punissable d'après la loi dans la mort donnée en duel. D'après cela, comme l'auteur du fait n'est pas condamné comme coupable de meurtre, et que la loi exige qu'il soit condamné pour ce fait pour être indigne de succéder à son parent, il est clair qu'il n'a point encouru l'indignité ; mais que si, à raison des circonstances du fait, il était condamné comme meurtrier par un arrêt passé en force de chose jugée, la peine de l'indignité lui serait justement appliquée.

97. Puisqu'il faut que l'héritier ait été *condamné* pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt, à l'effet d'être exclu de sa succession comme indigne, il s'ensuit que s'il meurt avant ou même pendant les poursuites, ou s'il parvient à prescrire l'action criminelle, celle en indignité n'a plus de base, et il aura recueilli la succession et l'aura transmise, confondue dans son patrimoine, à ses propres héritiers, quand bien même son crime passerait pour constant et de notoriété publique ; car il n'a pas été condamné (1) ; il pouvait, en réalité, n'être pas l'auteur du fait, ou il a pu avoir donné la mort au défunt dans un cas de légitime défense de soi-même, ou par simple imprudence, etc.

98. Mais une fois condamné, les lettres de grâce qu'il obtiendrait ensuite ne le relèveraient pas de l'indignité. Elles ne portent jamais atteinte aux droits acquis à des tiers (2) : or, des tiers avaient, par la condamnation, le droit de l'exclure, à leur profit, de la succession dont il s'agit.

Il en serait de même de la prescription de la peine ; car elle suppose qu'il y a eu condamnation, puisqu'elle ne commence son cours que de la date de l'arrêt. (Art. 635, Cod. d'instr. crim.)

99. Si la condamnation a eu lieu par contumace, qu'elle soit à une peine emportant mort civile (3), et que le condamné reparaisse en justice ou soit arrêté dans les cinq ans qui ont suivi l'exécution du jugement par effigie, ce jugement étant anéanti de plein droit (art. 29, Cod. civ.), il est clair qu'il ne peut plus servir de base à l'action en indignité. Il n'y a plus de condamnation ; elle ne pouvait résulter que d'un nouveau jugement.

Mais si le condamné ne reparaît ou n'est arrêté qu'après les cinq ans, le jugement conserve, pour le passé, tous ses effets (art. 30, *ibid.*) ; en

attendu qu'il n'en est pas question dans la loi, et que toutes les dispositions pénales étant de droit strict ne sont susceptibles d'aucune extension ; nous n'hésitons pas à résoudre la question affirmativement. En effet, l'on ne pourrait invoquer, en Belgique, comme on le fait en France, pour repousser l'indignité, l'état des mœurs et l'empire du préjugé, en présence d'une loi qui commine des peines sévères contre le duel et contre tous les délits qui s'y rattachent ; on ne pourrait se prévaloir de ce que le législateur belge a rangé le duel, non dans la catégorie des crimes, mais dans celle des simples délits ; car il ne l'a fait que dans le but de soustraire le duel à la juridiction du jury, dont il redoutait l'indulgence. La discussion l'a prouvé, puisque, dans les deux chambres législatives, c'est la minorité, imbue du préjugé du duel, qui a vainement réclamé l'intervention du jury. Nous croyons donc que l'art 5 de la loi doit être combiné avec l'art. 727 du Code civil, et que la condamnation pour homicide commis en duel fait encourir l'indignité.

La condamnation pour blessures données en duel aurait-elle les mêmes effets ? Nous pensons que la solution de cette seconde question devrait dépendre des circonstances. A l'occasion des duels ordinaires, elle devrait être résolue par la négative. Mais si, dans un duel, les combattants ont fait preuve d'un acharnement qui, dénotant l'intention de donner la mort, plutôt que d'occasionner de simples blessures, constitue une tentative d'homicide, et si une condamnation est fondée sur cette tentative d'homicide, nous croyons qu'aux termes de l'art. 727 elle ferait encourir l'indignité.

(1) Nous nous sommes encore éloignés en ce point des principes du droit romain. Suivant la L. 9, ff. *de Jure fisci*, la mort de l'accusé, arrivée pendant l'appel du jugement criminel, qui lui avait même été favorable, n'empêchait pas le fisc de poursuivre le recouvrement de ce qui avait été acquis à cet accusé par son crime. Ainsi, quoique le crime fût éteint par sa mort, on jugeait néanmoins encore le fait par rapport aux biens.

(2) *Voyez* ce que nous avons dit à cet égard, tome I, nº 240.

(3) Ce qui a dû avoir lieu, quoiqu'il n'y ait pas eu assassinat ou tentative d'assassinat, mais seulement meurtre ou tentative de meurtre, puisque ces derniers crimes emportent la peine des travaux forcés à perpétuité, quand, encore, ils n'ont été précédés, accompagnés, ou suivis d'aucun autre crime ou délit (art. 2 et 304, Cod. pén.), et que la peine des travaux forcés à perpétuité entraine la mort civile. (Art. 18, *ibid.*)

conséquence, le condamné fût-il absous par le nouveau jugement qu'il a dû subir, le fait d'avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt n'en serait pas moins, quant à la question d'indignité, irrévocablement établi, puisque de l'exécution du premier jugement serait résultée la mort civile elle-même, qui aurait produit tous ses effets dans l'intervalle écoulé depuis les cinq ans jusqu'à la comparution du condamné, lequel ne rentrerait dans la vie civile que pour l'avenir seulement.

100. Il ne peut y avoir de difficulté sérieuse que pour le cas où il mourrait dans les cinq ans : aura-t-il transmis la succession à ses propres héritiers? ou bien ceux qui concouraient avec lui, ou qui venaient après lui dans l'ordre de successibilité, sont-ils en droit d'invoquer contre ces mêmes héritiers le jugement de *condamnation,* quoique rendu par contumace, ou du moins de faire constater, par les tribunaux civils, le fait qui aurait produit l'indignité à son égard, et de les exclure comme venant exercer les prétentions d'un indigne ?

Le jugement n'ayant été rendu que par contumace, c'est-à-dire sans que l'individu ait été entendu dans ses moyens de défense et de justification, il ne doit être d'aucun poids, pas plus en ce qui concerne le fait prétendu d'indignité que pour les autres effets qu'il pouvait produire. Il est anéanti *ipso facto,* aux termes de l'art. 31 du Code civil, et le condamné est mort dans l'intégrité de ses droits. Cette condamnation tombant, l'on n'est plus par conséquent dans le cas prévu par la loi, qui ne prononce l'exclusion d'un héritier pour cause d'indignité, sur le fondement qu'il aurait donné ou tenté de donner la mort au défunt, qu'autant qu'il a été *condamné* pour ce fait. Dès lors s'applique ce qui a été dit plus haut sur le cas où l'héritier est mort avant une condamnation quelconque, et on ne peut pas plus opposer à ses héritiers le prétendu fait d'indignité, qu'on n'aurait pu le leur opposer si leur auteur fût mort avant toute poursuite, cas dans lequel, bien certainement, n'ayant jamais été indigne, comme n'ayant jamais été *condamné* pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt, il n'aurait pu être question d'exclure ses héritiers comme représentants d'un indigne, comme venant exercer les droits d'un indigne. En un mot, pour que les héritiers de celui qu'on accuse d'avoir donné ou tenté de donner la mort à la personne de la succession de laquelle il s'agit, et qui se présentent pour exercer ses droits, dussent être exclus comme il aurait pu l'être lui-même, il aurait au moins fallu que la loi se fût bornée à dire que celui-là serait indigne de succéder, et, comme tel, exclu de la succession, qui *aurait donné ou tenté de donner la mort au défunt :* alors on aurait pu peut-être prétendre que ce fait pouvait être contradictoirement établi avec ses héritiers (1); mais la loi n'est pas ainsi conçue : elle porte que celui-là est indigne de succéder, qui a été *condamné* pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt. Or, comme dans l'espèce il n'y a plus de jugement de condamnation, puisqu'il est anéanti *ipso jure*, que celui sur lequel il frappait est réputé mort dans l'intégrité de ses droits, et qu'enfin les dispositions de la loi en matière d'indignité sont de droit étroit, parce qu'elles dérogent aux principes généraux sur l'ordre de dévolution des biens par voie de succession, on ne doit pas les étendre, ces dispositions, au cas dont il s'agit, mais au contraire, ne les appliquer qu'aux cas rigoureusement prévus.

101. Aussi nous ne faisons pas le moindre doute, même en admettant pour le moment (ce que nous discuterons bientôt) que le droit refusé par l'article 730 (2) aux enfants de l'indigne, de venir par représentation de leur père, doive s'entendre de la représentation spéciale, de cette fiction de la loi qui fait entrer une personne dans la place et le degré d'une autre qui est prédécédée (art. 739) (3) ; nous ne faisons pas le moindre doute, disons-nous, que si celui de la succession duquel il s'agit avait survécu au parent accusé (mais non condamné) d'avoir tenté de lui donner la mort, les enfants de ce dernier ne pussent venir par représentation de leur père prédécédé, si l'on était dans un des cas où la représentation est admise, et qu'ils en eussent besoin pour rapprocher leur degré de parenté avec le défunt ; car ils ne représenteraient point un indigne, puisque

(1) Nous examinerons plus loin la théorie sur laquelle cette prétention pourrait être fondée.

(2) Code de Hollande, art. 887.

(3) Ibid., art. 888.

leur père ne l'aurait point été, n'ayant pas été condamné pour avoir tenté de donner la mort au défunt, ou ne l'ayant été que par un jugement de contumace qui a été anéanti de plein droit par la mort du condamné, arrivée dans les délais donnés par la loi pour purger la contumace, ce qui l'a fait réputer mort dans l'intégrité de ses droits.

102. Le second cas d'indignité, celui où se trouve l'héritier *qui a porté contre le défunt une accusation capitale jugée calomnieuse,* exige la réunion de ces quatre circonstances : 1° qu'il y ait eu accusation ; 2° que l'accusation ait été capitale ; 3° qu'elle ait été jugée ; 4° qu'elle ait été jugée calomnieuse.

103. Par *accusation*, on ne peut entendre chez nous, où c'est le ministère public qui accuse, qu'une plainte ou une dénonciation (1) ; mais il faut au moins l'une ou l'autre ; car l'injure la plus grave, l'imputation la plus odieuse dans des écrits, dans des lieux ou réunions publics, sans aucune plainte ou dénonciation en justice, n'auraient point le caractère de l'accusation dont entend parler la loi ; et fût-elle jugée calomnieuse par les tribunaux, elle ne ferait encore point encourir à son auteur la peine d'indignité.

104. Par accusation *capitale* on doit incontestablement entendre, non-seulement celle qui pourrait avoir pour effet de faire prononcer la peine de mort contre celui qui en est l'objet, mais encore celle qui serait de nature, si elle était prouvée, à attirer sur lui une autre peine qui entraînerait aussi la mort civile, qui lui ferait perdre le *caput civile :* la peine des travaux forcés à perpétuité, ou celle de la déportation (2). (Art. 18, Cod. pén.)

105. Mais l'accusation d'un crime emportant une peine qui, sans entraîner la mort civile, est néanmoins afflictive et infamante, comme les travaux forcés à temps et la reclusion (art. 7, Cod. pén.) ; ou même seulement infamante, comme le bannissement, et la dégradation civique (art. 8, *ibid.*), est-elle, dans le sens de la loi, une accusation *capitale,* une cause d'indignité ?

Non certainement, si l'on s'attache à la définition que le droit romain donne de ces mots (3), quoique, d'après la Novelle 115, on admît, comme juste cause d'exhérédation toute dénonciation contre le défunt en matière criminelle : *Si in criminalibus causis accusaverit.* Mais les causes d'exhérédation, si multipliées dans cette Novelle, ne sont point toutes des causes d'indignité, et l'exhérédation est inconnue dans l'état actuel de la législation. L'indignité elle-même ne peut être prononcée que dans les cas formellement exprimés par la loi ; toute extension de ses dispositions, en pareille matière, serait du plus grand danger parce qu'elle ouvrirait la porte à l'arbitraire.

106. Sans doute il eût peut-être été à désirer que le législateur eût étendu sa sévérité à d'autres accusations calomnieuses que celles qui, si elles étaient prouvées, entraîneraient la peine de la perte de la vie naturelle ou civile ; mais ce n'est pas de la loi telle qu'on eût pu la désirer, qu'il s'agit, c'est de la loi faite, de la loi existante. Or, s'il paraît, d'une part, contraire au bon ordre et à la morale, que celui qui a porté contre le défunt une accusation calomnieuse qui aurait pu faire condamner ce dernier à la peine des travaux forcés à temps, pendant vingt ans peut-être, ou à celle de la reclusion, peines qui sont toujours précédées de l'exposition publique, d'autre part aussi est-il entré dans la volonté du législateur de regarder comme accusation *capitale* toute accusation susceptible d'entraîner une peine seulement infamante (4), comme, par exemple, la

(1) Ces mots, au reste, n'ont pas la même signification. Celui qui se *plaint* d'un crime ou d'un délit fait bien sans doute une *dénonciation ;* mais celui qui, sans se porter partie civile ou plaignante, vient déclarer à la justice qu'un crime ou un délit a été commis envers lui, ne fait qu'une *dénonciation,* et non pas une *plainte* (*voy.* les art. 63 et 66 du Cod. d'instr. crim.) ; à plus forte raison, celui qui vient révéler à la justice un crime ou un délit commis envers un autre, n'est-il que simplement dénonciateur, puisqu'il ne peut se *plaindre*, se porter partie civile. (*Voy.* l'art. 30, *ibid.*)

(2) *Is demum videtur capitis accusasse, qui tali judicio appetit, cujus pœna aut supplicium habuit, aut exilium, quod sit vice deportationis, ubi civitas amittitur.* L. 14, § 3, ff. *de Bonis libert.*

(3) *Licet capitalis latine loquentibus omnis causa existimationis videatur, tamen appellatio* CAPITALIS, *mortis vel amissionis civitatis intelligenda est.* L. 103, ff. *de Verb. signif.*

(4) Suivant MM. Delvincourt et Chabot, si l'accusation était de nature à attirer, au cas qu'elle fût fondée, une peine afflic-

simple dégradation civique? Et s'il est permis d'en douter, quand on songe que la condamnation à la peine de la reclusion elle-même, à laquelle serait condamné l'héritier pour avoir fait des blessures ou porté des coups au défunt, qui auraient causé une maladie ou une incapacité de travail personnel pendant plus de vingt jours (art. 309, Cod. pén.), n'entraînerait point l'indignité, parce qu'il n'y aurait pas eu meurtre ni tentative de meurtre; il est permis également de douter que la loi ait entendu que l'on pût scinder ses dispositions à cet égard, regarder comme accusation *capitale* telle accusation qui aurait pu avoir pour effet de faire condamner l'accusé à une peine afflictive et infamante, ou même seulement infamante, tandis que l'on ne devrait pas, dans son esprit, considérer comme capitale telle autre accusation de la même classe. S'il faut admettre qu'une accusation calomnieuse d'un fait qui, de sa nature, ne devrait entraîner que telle peine seulement infamante, est une cause d'indignité, il faut aussi, pour éviter toute distinction arbitraire entre des cas sur lesquels la loi n'en a fait aucune, décider que toute accusation d'un fait capable, s'il était prouvé, de donner lieu à une condamnation infamante quelconque, même à celle de la simple dégradation civique, doit pareillement entraîner la peine de l'indignité; qu'elle est *capitale* dans le sens de la loi, et c'est ce que nous n'oserions penser. Nous aimons donc mieux nous attacher au sens naturel, populaire et légal des mots *accusation capitale*, et ne voir ce caractère que dans celle qui aurait pu faire perdre à l'accusé, s'il eût succombé, la vie naturelle ou civile (1), quoique la perte de la liberté, et surtout celle de l'honneur, soient les plus grandes qui puissent nous affliger.

107. Il faut que l'accusation *soit jugée*, et *jugée calomnieuse*. Elle a pu être jugée telle, soit par le jugement qui a acquitté l'accusé, et sur la demande en dommages-intérêts que celui-ci a dû, pour les obtenir, former avant le jugement, s'il a connu son dénonciateur avant qu'il fût rendu; soit par la cour d'assises, mais avant la fin de la session, s'il ne l'a connu que depuis le jugement, mais dans le courant de la session; soit enfin par le tribunal civil, s'il n'a connu le dénonciateur qu'après la clôture de la session (art. 359, Cod. d'instr. crim.). Elle a pu l'être aussi par les tribunaux correctionnels depuis le jugement qui a statué sur l'accusation, parce que la calomnie est un délit dont les peines sont spécifiées aux art. 371, 373 et 374 du Code pénal. Mais les dommages-intérêts ne peuvent être réclamés par l'accusé renvoyé devant la cour d'assises, et acquitté par elle, que par l'une des voies tracées à l'art. 359, Cod. d'instr. crim. précité. Que si le tribunal de première instance a déclaré qu'il n'y avait pas lieu à suivre sur la plainte ou la dénonciation, ou si la cour royale, chambre des mises en accusation, a décidé qu'il n'y avait pas lieu à renvoi devant les assises, l'accusé peut à son tour porter sa plainte devant les tribunaux correctionnels, dans les trois ans du jour du délit (art. 638, Cod. d'inst. crim.), et y conclure à des dommages-intérêts contre son dénonciateur, pour fait de calomnie, sans préjudice de la peine portée contre les auteurs de ce délit.

108. Il résulte de là que le défunt a pu faire grâce à l'accusateur de la peine d'indignité future en n'intentant pas contre lui son action en calomnie dans les délais, et suivant les distinctions ci-dessus, parce qu'alors elle est prescrite (même article); et ses héritiers ne pourraient ensuite intenter une action, base nécessaire de celle en indignité, puisqu'il ne pourrait plus lui-même l'intenter s'il vivait encore.

109. Mais dès qu'il y a un jugement qui a déclaré l'accusation calomnieuse, il n'est plus au pouvoir du parent qui a été accusé, même en se réconciliant avec le calomniateur, de le relever de l'indignité que la loi fait peser sur sa tête, non-seulement parce qu'il priverait de la sorte ses autres héritiers du droit de l'exclure, mais encore parce que l'ordre public est intéressé à ce qu'un

tive et infamante, et même seulement infamante, comme celle du carcan (aujourd'hui abolie), elle devrait être regardée comme devant faire encourir l'indignité, si elle était jugée calomnieuse. M. Toullier pense, au contraire, qu'on ne doit entendre par accusation *capitale* que celle qui peut faire perdre la vie naturelle ou civile, le *caput naturale vel civile*, et nous partageons ce sentiment, tout en pensant que la loi aurait dû aller, plus loin.

(1) Qui aurait fait qu'il y aurait eu une *tête* (*caput*, d'où dérive *capital*) de moins dans la société.

individu qui a réellement été dans un cas d'indignité n'en soit pas relevé. Vainement dirait-on que l'indignité ne saurait avoir lieu qu'à l'époque de l'ouverture de la succession ; cela est incontestable sous un rapport, mais cela ne détruit pas ce fait, que l'héritier a été dans le cas d'être déclaré indigne comme *jugé* coupable d'avoir porté contre le défunt une accusation capitale calomnieuse. Or ce fait, jugé, établi, imprime à l'individu, et d'une manière indélébile, la qualité d'indigne, lorsque le moment sera venu de le déclarer tel ; car le jugement qui prononcera l'indignité ne sera rien autre chose qu'une déclaration que ce parent est indigne de succéder au défunt à cause de tel fait, et qu'il l'a toujours été depuis qu'il a commis ce fait.

110. Le troisième cas est celui de l'héritier *majeur, qui, instruit du meurtre du défunt, ne l'a pas dénoncé à la justice.*

Mais, suivant l'art. 728 (1), « le défaut de dénonciation ne peut être opposé aux ascendants et « descendants du meurtrier, ni à ses alliés *au même* « *degré* (2), ni à son époux, ni à son épouse, ni à « ses frères ou sœurs, ni à ses oncles ou tantes, « ni à ses neveux et nièces. »

Le motif de la loi, en établissant ces exceptions, est si sensible, qu'il n'a besoin d'aucun commentaire ; cependant, il faut le dire, il peut se présenter tel cas où l'héritier, poursuivi en indignité, sera réduit à l'impuissance morale d'en faire usage, précisément pour obéir au vœu de la nature, qui lui recommande impérieusement de ne pas dénoncer son parent, et à l'esprit de la loi, qui le dispensait même de dénoncer simplement le meurtre. Ce cas sera celui où un autre parent, placé dans le degré de successibilité, et sachant peut-être que l'héritier a connu le meurtrier, le poursuivra en indignité pour n'avoir point dénoncé le meurtre, aux fins de lui enlever la succession. En pareille circonstance, l'héritier ne peut repousser l'action que par l'exception consacrée par l'art. 728 ; mais pour pouvoir invoquer cette exception avec succès, il est par cela même obligé de prouver qu'elle s'applique à lui, en d'autres termes, que le meurtrier est son parent ou son allié, en sorte que lui, qui n'était pas même obligé de dénoncer simplement le meurtre, se trouve dans la cruelle alternative de se voir exclu comme indigne, ou de déclarer quel est le meurtrier, de pousser, malgré lui, son parent à l'échafaud. Nous avons donc raison de dire qu'il peut être réduit à l'impuissance morale d'user de l'équitable exception établie par la loi ; et s'il obéit généreusement aux honorables motifs qui le portent à garder le silence sur le nom du meurtrier, et que le jugement qui le déclarera indigne acquière l'autorité de la chose jugée, nous ne voyons guère comment il pourrait ensuite le faire réformer, lorsque le meurtrier venant à être publiquement connu, il n'aurait plus, lui héritier, de raison pour taire son nom, et ne pas invoquer cet article 728. Il n'y aurait guère que la requête civile, en supposant que le parent qui a fait déclarer l'indignité connaissait aussi quel était le meurtrier, spéculant ainsi sur le sentiment d'honneur et d'humanité tout à la fois, qui devait déterminer l'héritier exclu à garder le silence ; car les tribunaux verraient, à n'en pas douter, un dol personnel dans une telle conduite, et par conséquent une ouverture à requête civile (art. 480-1°, Code de procédure) ; mais encore faudrait-il que la requête civile fût exercée dans les délais de droit.

111. Anciennement il fallait que l'héritier instruit du meurtre, et connaissant d'ailleurs le meurtrier, se constituât le vengeur du défunt pour éviter l'indignité (3) ; il devait être partie au procès criminel. Le Code, ainsi que nous l'avons dit, n'exige rien autre chose, si ce n'est la dénonciation du meurtre. On a dû penser, en effet, que l'héritier souvent n'oserait diriger une plainte directe contre celui-là même qu'il croi-

(1) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(2) MM. Delvincourt et Chabot transportent ces mots à la fin de l'article, en les mettant au pluriel, *aux mêmes degrés* ; et c'est avec raison, parce qu'ils doivent s'appliquer aussi aux alliés en ligne collatérale, puisque l'alliance identifie avec la famille ; qu'ils sont d'ailleurs improprement employés au singulier à l'égard des ascendants et descendants considérés collectivement, puisque par rapport à eux il n'y a que des *lignes* et non des degrés, et surtout il n'y en a pas qu'un seul. Si le frère de ma femme ou le mari de ma sœur a donné la mort à mon auteur, puis-je être tenu, sous peine d'indignité, de plonger dans le désespoir l'une ou l'autre en faisant une dénonciation qui va probablement conduire son époux, mon beau-frère, à l'échafaud ? Non, très-certainement.

(3) *Voyez* Rousseau de Lacombe, au mot *Indignité*, n° 4, et les autorités par lui citées.

rait fortement être l'auteur du crime, dans la crainte des suites d'une accusation de cette nature, si elle venait à n'être pas prouvée, et peut-être aussi dans la crainte des vengeances des parents du meurtrier. On a dû surtout penser qu'appelé ensuite comme témoin dans le procès criminel, il donnerait, sous peine de faux témoignage, tous les renseignements qui seraient à sa connaissance sur le fait du meurtre et sur l'individu qu'il en croirait être l'auteur. Quoi qu'il en soit, la loi actuelle ne lui prescrit que de dénoncer le meurtre en sa qualité d'héritier, et de dire la vérité tout entière en sa qualité de témoin, s'il est appelé en témoignage. Mais ce dernier rôle, s'il le remplit fidèlement, ne l'expose point à une condamnation en dommages-intérêts envers l'accusé qui serait acquitté, comme l'y exposerait la qualité de plaignant ou de dénonciateur de la personne.

112. Cette dénonciation du meurtre n'est même pas prescrite à l'héritier mineur. Les mineurs n'ont pas le discernement assez formé pour comprendre toute l'étendue des obligations que la loi impose aux autres citoyens. On a pensé d'ailleurs que celui qui ne peut, même par des actes formels, aliéner son patrimoine, ne devait pas pouvoir, par son seul silence, quelque blâmable qu'il pût être, si lui mineur était d'un âge déjà assez avancé, se dépouiller d'une succession qui lui était acquise. Toutefois, plusieurs personnes estiment que, si le mineur parvenait à sa majorité avant que la justice eût connu le meurtre et commencé à diriger ses poursuites, il devrait alors s'empresser de le dénoncer, s'il y avait encore possibilité de le constater et d'en faire punir les auteurs, sinon qu'il pourrait encore être déclaré indigne. Nous partageons cette opinion. Le raisonnement que ferait valoir cet héritier pour écarter l'action en indignité et qui consisterait à dire que la succession lui a été légitimement acquise pendant tout le temps qui s'est écoulé depuis son ouverture jusqu'à sa majorté, et qu'ainsi sa conduite postérieure, quelque blâmable qu'elle puisse paraître aux yeux de la morale, ne doit pas suffire pour lui faire enlever un droit légitimement acquis dès le principe ; ce raisonnement n'aurait pas plus de force dans sa bouche que dans celle d'un majeur qui n'aurait appris que quelque temps après l'ouverture de la succession, que le défunt est mort par l'effet d'un meurtre, et qui se serait dispensé de le dénoncer à la justice. Ce dernier aurait bien aussi acquis légitimement le droit dès le principe, et néanmoins ce droit pourrait incontestablement lui être enlevé.

113. La loi n'a pas fixé de délai pour faire la dénonciation, parce qu'en effet les circonstances peuvent varier beaucoup, à raison de l'absence ou d'une maladie grave de l'héritier au moment de la découverte du meurtre, ou parce que le défunt était lui-même en voyage au moment de sa mort, ou parce qu'il a péri par un crime secret, comme dans le cas d'empoisonnement, ou par toute autre cause ; en sorte que la question de savoir si la déclaration qu'il ferait ensuite devrait être considérée comme tardive, comme faite seulement pour échapper à l'action en indignité, est tout entière abandonnée à la prudence des magistrats, puisque l'article 727, d'une part, ne fixe pas de délai pour faire cette dénonciation, et que, d'autre part, il serait facilement rendu illusoire si l'héritier était toujours à temps de la faire. On sent bien, au reste, que, de ce que la justice, instruite par la clameur publique ou par ses agents, de l'existence du meurtre aussitôt ou presque aussitôt qu'il a été commis, aurait fait de suite des actes pour le constater, et même déjà lancé des mandats avant que l'héritier eût fait sa dénonciation, cela ne suffirait généralement pas pour la faire considérer ensuite comme tardive, comme n'ayant pas rempli le but de la loi ; et qu'il en serait ainsi quoique l'héritier eût été prévenu par la dénonciation d'un autre parent, quand d'ailleurs il n'y aurait aucune négligence à lui reprocher ; autrement, en pareille circonstance, l'hérédité pourrait devenir le prix de la course. Tout ce qu'il y a à dire de plus sûr et de plus positif sur ce point, c'est que l'héritier ne doit apporter aucune négligence dans l'accomplissement du devoir que lui prescrit la loi, et que lui commande aussi le lien qui l'attachait au défunt. Une coupable indifférence à mettre la justice à même de punir le meurtrier de ce dernier, le rend seule indigne de lui succéder ; en conséquence, il doit s'abstenir de toucher aux biens de la succession tant qu'il n'a pas rempli ce

devoir sacré. Mais on ne regarderait toutefois pas comme une immixtion certains actes ou certains faits essentiellement conservatoires, et que commandaient les circonstances.

114. Telles sont les causes d'indignité, et, comme on l'a dit, il n'est pas permis de les étendre ; il n'est pas permis non plus de les faire valoir à l'égard de la succession d'une autre personne que celle envers laquelle l'héritier s'est rendu indigne ; en sorte qu'exclu aujourd'hui par Paul de la succession de Philippe, il pourra encore un jour recueillir celle de Paul, qui comprendrait cependant les biens de Philippe (1) : ce ne sera plus la même hérédité ; la loi aura reçu satisfaction, par son exclusion de la succession de celui envers lequel il s'était rendu coupable.

§ II.

Des effets de l'indignité.

115. Comme l'indignité a besoin d'être établie, d'être prouvée contre celui que l'on veut exclure pour cette cause, il s'ensuit qu'elle ne peut être prononcée que par jugement, et qu'elle est, par conséquent, la matière d'une action judiciaire.

116. Cette action est purement civile, parce qu'elle n'a de rapport qu'aux biens ; et, comme telle, elle ne peut être portée que devant les tribunaux civils. Le tribunal compétent pour en connaître est celui du domicile de l'héritier, parce que c'est une action personnelle fondée sur un fait personnel, et qu'en matière personnelle l'action doit régulièrement être portée au tribunal du défendeur (art. 59, Code de procédure). Cependant, si la question d'indignité s'élevait incidemment sur une demande en partage de la succession, ou sur une action en pétition d'hérédité, elle devrait être jugée par le tribunal saisi de la demande principale (2), c'est-à-dire par celui du domicile du défunt (art. 59, Code de procédure); et c'est ce qui aura lieu le plus souvent.

117. Le Code n'ayant fixé aucun délai particulier pour exercer cette action, et ne s'agissant point d'une nullité ou rescision de contrat, elle est soumise, quant à sa durée, à la règle générale, et par conséquent elle dure trente ans (art. 2262) (3). C'est d'ailleurs une sorte de pétition d'hérédité.

118. Elle peut être exercée par les héritiers du même degré dans la même ligne, si la succession se divise d'abord par lignes ; ou, si l'héritier était seul de son degré dans sa ligne, ou que les autres du même degré eussent tous renoncé, elle le serait par ceux qui viendraient après lui dans l'ordre de successibilité : à tel point que s'il n'y avait pas d'autres parents au douzième degré, au plus, dans la ligne à laquelle appartient l'indigne, ou que tous ceux qui en font partie eussent renoncé, ceux de l'autre ligne auraient cette action, au moyen de la dévolution d'une ligne à l'autre quand la première manque (art. 755) (4). D'où il peut arriver qu'un fils indigne soit exclu par un collatéral au douzième degré, par un enfant naturel reconnu, par le conjoint survivant, et même par l'État.

119. Les donataires et légataires peuvent aussi provoquer l'indignité de l'héritier qui, ayant droit à une réserve, veut leur faire subir une réduction que lui seul aurait le droit de demander, ou de demander aussi forte (5) ; car, comme nous

(1) La L. 7, ff. *de His quæ ut indig.*, décide en ce sens. Suivant cette loi, celui qui a été déclaré indigne de la succession de Titius pour avoir attaqué de faux le testament de ce dernier, peut ensuite succéder à Sempronius, qui a recueilli cette même succession : *Quia*, dit la loi, *non principaliter in Titii hereditatem succedit.*

Dans l'ancienne jurisprudence on le décidait bien ainsi, mais seulement, à ce qu'il paraît, quand l'homicide était *excusable*, comme lorsque le mari avait tué sa femme qu'il avait surprise en adultère ; il pouvait ensuite succéder aux enfants qu'il avait eus d'elle. Hors l'homicide commis *in casu permisso*, celui qui avait tué ne pouvait profiter ni directement ni indirectement des biens. *Voyez*, au surplus, Lacombe, au mot *Indignité*, n° 3.

(2) D'après la règle générale, susceptible, au surplus, de quelques modifications, que le juge du principal est aussi le juge des incidents élevés à son occasion, ainsi que des exceptions présentées pour écarter la demande.

(3) Code de Hollande, art. 2004.

(4) Ibid., art. 908.

(5) On sent, en effet, que si, à raison de l'existence d'autres parents ayant droit à la réserve, et qui se portent aussi héritiers, cette réserve devait être la même, les donataires et légataires n'auraient pas d'intérêt à se prévaloir de l'indignité de l'un des réservataires, et par conséquent il n'y aurait point d'action à leur profit.

le démontrerons dans la suite, pour pouvoir prétendre à une réserve, et même la retenir par ses mains, il faut être héritier : or l'action en indignité a précisément pour objet de dépouiller celui qui en était investi par la loi, de cette même qualité.

120. De plus, les héritiers et représentants de celui qui avait l'action en indignité et qui est mort dans le délai utile pour l'exercer, auraient recueilli le droit qu'il avait à cet égard, parce qu'on ne voit pas pourquoi ce droit ne serait pas transmissible comme celui auquel il était attaché. Quant aux créanciers de celui qui serait appelé au défaut de l'indigne, et qui garderait le silence, il y a plus de difficulté à décider qu'ils peuvent exercer l'action à sa place, surtout s'il déclarait qu'il y renonce. On peut dire, contre leur prétention, qu'une telle action a pour effet inévitable de jeter le trouble et le désordre dans la famille; que, sous ce rapport, si elle n'est pas non transmissible aux héritiers de ceux à qui elle compète, elle est du moins censée réservée exclusivement à leur personne par rapport à leurs créanciers, et que c'est en conséquence, non pas le principe, mais la disposition exceptionnelle de l'art. 1166 (1), qui est applicable. On peut dire surtout que ce n'est point là une renonciation faite au préjudice des créanciers, puisque la succession n'était point échue à leur débiteur, ce qu'exige l'art. 788 (2) pour qu'ils puissent se faire autoriser en justice à l'accepter, jusqu'à concurrence de leurs droits. Telle serait assez notre opinion.

121. L'héritier exclu de la succession comme indigne est tenu de rendre tous les fruits et les revenus dont il a eu la jouissance depuis l'ouverture de la succession (3). (Art. 729) (4).

122. Il ne pourrait invoquer la prescription de cinq ans, établie par l'article 2277 (5), pour se dispenser de restituer les fruits perçus antérieurement à cinq ans, parce que, premièrement, cette prescription ne s'applique point aux restitutions de fruits, ainsi que nous avons déjà eu occasion de le dire (6); et, secondement, parce que l'art. 729 veut qu'il rende tous les fruits et revenus qu'il a perçus depuis l'ouverture de la succession, indistinctement.

123. Il devrait aussi les intérêts de toutes les sommes qu'il a touchées, soit des débiteurs de la succession, soit pour vente d'objets de l'hérédité, quand bien même il n'aurait retiré de ces sommes aucun revenu, parce qu'il les aurait gardées entre ses mains ou placées sans intérêts : il est possesseur de mauvaise foi, et il doit être traité comme tel (7).

124. S'il était débiteur du défunt, sa dette, qui avait été éteinte par confusion, s'il était seul, ou pour sa part héréditaire, s'il avait des cohéritiers (art. 1220 et 1300, combinés (8), renaîtrait contre lui, comme s'il n'y avait pas eu confusion.

125. Quant à ses créances sur le défunt, elles avaient été éteintes aussi par la confusion, jusqu'à concurrence de sa part héréditaire, et, dans le droit romain, elles ne renaissaient pas, parce que, dit Papinien, dans la L. 17, ff. *de his quibus ut indig. her. aufer.* (9) : *Nec probe desideraturum actionem confusam restitui.* Nous ne croyons pas qu'il en dût être ainsi dans notre droit; ce serait ajouter une nouvelle rigueur à la disposition de la loi, qui se borne à priver l'indigne de la succession et de tous les produits qu'il en a pu retirer. Le but de la loi est de le remettre absolument dans la même position que s'il n'eût jamais été héritier : c'est un exclu, et voilà tout. On s'enrichirait à ses dépens : or l'esprit du Code, s'éloignant des principes du droit romain, suivant lequel on pouvait, dans certains cas, licite-

(1) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(2) Code de Hollande, art. 1107.

(3) *Voyez* la L. 1, Cod. *de His quib. ut indig. heredit. auferuntur.*

(4) Code de Hollande. art. 886.

(5) Ibid., art. 2014.

(6) Tome IV, nº 363.

(7) La L. 1. Cod. *de His quib. ut indig.* précitée, le porte formellement, et ce sont les mêmes principes, quoique avec moins de développements, que le Code a adoptés sur cette matière, du moins généralement. Mais il ne devrait pas les intérêts des intérêts, ni les intérêts des fruits par lui vendus. *Voyez* la loi 18, ff. *de His quibus ut indig.*

(8) Code de Hollande, art. 1335 et 1472.

(9) La L. 8, au même titre, est dans le même sens.

ment s'enrichir aux dépens d'autrui, ne permet jamais qu'il en soit ainsi chez nous (1). Il ne doit y avoir qu'une propriété incommutable qui produise une confusion dont les effets soient incommutables. D'ailleurs, on cessera de s'étonner de la rigueur du droit romain si l'on songe que c'était le fisc qui profitait des biens enlevés aux indignes, et qu'il eût fallu rétablir contre lui les actions qui avaient été éteintes par la confusion. Ajoutons enfin que, dans cette législation, l'indignité ne faisait pas réputer les indignes comme n'ayant pas été héritiers; les lois se bornaient à leur enlever les biens; tandis que, dans la nôtre, l'héritier coupable de l'un des faits qui constituent l'indignité, est indigne de succéder, et, comme tel, exclu de la succession (2). On peut donc plus aisément supposer que ses actions contre le défunt n'ont jamais été éteintes, du moins leur rétablissement, qui est fondé sur les principes de l'équité, doit être bien plus facile. L'indigne est suffisamment puni de la perte de la succession (3).

126. Mais l'indigne a pu faire des actes relatifs aux biens de l'hérédité avant d'être déclaré indigne : il a peut-être vendu, donné, ou hypothéqué les immeubles; il a peut-être aussi plaidé, transigé avec des tiers au sujet de ces mêmes biens, etc. Tous ces actes pourront-ils être regardés comme non avenus par celui qui l'a exclu de la succession?

D'abord, on tombe généralement d'accord (4) que, lorsque les tiers étaient de bonne foi au moment des actes, parce qu'ils ignoraient que celui avec lequel ils traitaient se trouvait dans un cas d'indignité, ce qu'ils ont fait avec lui, et par des actes à titre onéreux, doit être maintenu par le parent qui l'a exclu, sauf à ce parent, héritier maintenant, à le poursuivre en indemnité, s'il y a lieu. Cette doctrine est fondée en raison, et elle est tout à fait conforme aux principes du droit : l'indigne exclu a été héritier jusqu'à son exclusion; c'était lui qui était saisi, en vertu de l'art. 724 (5) : dès lors il disposait de choses qui lui appartenaient encore (6). Aussi adoptons-nous pleinement cette doctrine, quoique nous professions que les ventes faites par le possesseur, même de bonne foi, de l'hérédité, par l'héritier apparent, ne sont point obligatoires pour le véritable héritier, tant que la prescription n'est pas venue consolider la propriété dans la main des acquéreurs (7). Mais la raison de différence entre les deux cas est sensible : dans celui-ci, les aliénations ont été faites par un individu sans titre, parce qu'un titre reconnu faux n'en est pas un ; tandis que dans celui-là, elles l'ont été par l'individu qui, saisi de la succession, et non encore exclu, était encore propriétaire des objets aliénés au moment où il les aliénait. On peut donc, sous le rapport de la révocabilité, assimiler ces dernières aliénations à celles qui ont été faites par un donataire jugé ingrat, avant l'inscription de la demande en révocation dont parle l'art. 958 (8), aliénations que le donateur est obligé de respecter, sauf son action contre le donataire.

127. Mais pour les aliénations à titre gratuit, M. Chabot dit que les donations d'immeubles faites avant le jugement d'indignité peuvent être

(1) *Voyez* notamment les art. 555 et 1381, articles qui s'éloignent positivement des dispositions des lois romaines sur ces mêmes cas; car elles n'accordaient aucune indemnité à celui qui avait construit sciemment sur le fonds d'autrui, ni à celui qui, ayant reçu sciemment ce qui ne lui était pas dû, avait fait des dépenses sur la chose reçue ; tandis que notre Code leur en accorde une, ou permet du moins au premier d'enlever ses matériaux.

(2) Il ne faut toutefois pas donner à cette observation plus d'étendue que nous ne voulons lui en donner nous-même ; car nous ne prétendons pas dire par là que l'héritier indigne, et exclu comme tel, est absolument censé, comme celui qui renonce, n'avoir jamais été héritier; nous allons, au contraire, raisonner tout à l'heure dans une toute autre supposition.

(3) Lacombe, au mot *Indignité*, n° 10, dit aussi que les lois romaines, qui ne restituaient pas les actions de l'indigne contre le défunt, et qui avaient été éteintes par confusion, ne sont point suivies en France; et Lebrun, *des Successions*, liv. III, chap. IX, n° 25, le dit pareillement.

(4) C'est l'opinion de MM. Chabot, Delvincourt et Toullier.

(5) Code de Hollande, art. 880.

(6) Il serait même possible qu'il eût fait des actes avant de s'être mis dans le cas d'être déclaré indigne : par exemple, s'il n'eût appris que quelque temps après l'ouverture de la succession, et depuis ces actes, que le défunt a péri par suite d'un meurtre, et qu'il ne l'eût point dénoncé à la justice; dans ce cas, les actes dont il s'agit auraient été faits en temps de bonne foi, et l'indignité n'en pourrait pas moins être prononcée.

(7) Point extrêmement controversé. On peut voir, à ce sujet, la discussion à laquelle nous nous sommes livré, au tome I, nos 551 et suivants, en expliquant les art. 135, 136 et 137; elle n'est pas sans intérêt, à raison des graves autorités que nous combattons, et de la démonstration des erreurs dans lesquelles elles sont tombées touchant l'application des lois romaines à la question.

(8) Code de Hollande, art. 1727 et 1728.

révoquées par celui qui l'a obtenu, nonobstant la bonne foi des donataires; qu'il y a lieu d'appliquer à ces donataires la maxime : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis;* et que si cette règle leur est applicable, et non aux acquéreurs à titre onéreux, c'est parce que les premiers combattent pour faire un gain, *certant de lucro captando*, tandis que les derniers combattent pour éviter de perdre, *certant de damno vitando*, position infiniment plus favorable en droit que la première, et qui doit être protégée par la possession.

D'abord, on peut répondre que la distinction qu'il y a à faire, en droit, dans certain cas, entre ceux qui combattent pour éviter une perte, et ceux qui combattent pour faire un gain, trouverait difficilement son application à l'espèce, en supposant les donataires de bonne foi au temps des donations; car, en réalité, celui qui a exclu l'indigne recueille, par cette exclusion, un droit qui ne lui était d'abord pas dévolu; il fait aussi par là un lucre, bien certainement : il est, sous ce rapport, dans une position semblable à celle des donataires dont il s'agit, qui ont même de plus sur lui l'avantage de la possession : or, *in pari causâ, melior est causa possessoris.*

128. L'équité réclamerait d'ailleurs une distinction entre les donations qui auraient été faites par l'indigne en faveur du mariage des donataires, et les autres. Le mariage n'ayant peut-être eu lieu qu'en considération de la donation, l'attente des époux, que nous supposons de bonne foi, c'est-à-dire ignorant le fait d'indignité au temps de la donation, ne doit point être déçue. C'est sur ce motif que la loi déclare que la révocation pour cause d'ingratitude n'a pas lieu à l'égard des donations faites par contrat de mariage (article 959) (1). L'action en indemnité demeure d'ailleurs réservée à l'héritier actuel contre l'indigne exclu.

129. Il ne nous reste plus à parler sur l'indignité, et relativement à la succession du défunt, que des enfants de l'indigne. L'article 730 (2) statue en ces termes sur ce qui les concerne :

« Les enfants de l'indigne, venant à la succession de leur chef, et *sans le secours de la* « *représentation*, ne sont pas exclus pour la faute « de leur père; mais celui-ci ne peut, en aucun « cas, réclamer sur les biens de cette succes- « sion l'usufruit que la loi accorde aux pères et « mères sur les biens de leurs enfants. »

130. La pensée dominante des auteurs du Code a été évidemment d'abroger le système injuste de l'ancienne jurisprudence, qui punissait les enfants de l'indigne pour la faute de leur père, en les excluant même des successions auxquelles leur degré de parenté les aurait appelés de leur chef (3).

Ainsi, dans le cas où un fils unique serait condamné pour avoir donné ou tenté de donner la mort à son père, ses enfants recueilleraient incontestablement la succession de leur aïeul, quand bien même celui-ci aurait laissé ses père et mère. Peu importe que ceux-ci fussent parents du défunt au premier degré, tandis que les enfants du meurtrier le seraient seulement au deuxième; car la dévolution de la succession se fait d'abord par *ordres*, ainsi qu'on le verra bientôt, et le premier ordre est celui des enfants et descendants; en sorte que la proximité du degré de parenté n'est nullement à considérer dans l'espèce, parce que les parents sont d'ordres divers.

Ainsi encore, un individu s'est rendu coupable d'un fait d'indignité envers un de ses cousins germains, dont il etait héritier présomptif; il a des enfants, et il existe dans la même ligne des petits-enfants d'un autre cousin germain du défunt, qui se trouvent les plus proches parents de celui-ci dans leur branche. Les enfants de l'indigne les excluront, parce qu'ils sont plus proches parents d'un degré; car, comme ici la succession est dévolue à des héritiers du même ordre, que la représentation n'a pas lieu en faveur des petits-enfants du cousin germain prédécédé, pour monter à un degré égal à celui des

(1) Code de Hollande, art. 1930.

(2) Ibid., art. 887.

(3) On voit dans Lebrun, *des Successions*, liv. III, chap. IX, n° 10, des arrêts qui ont jugé. 1° que les enfants d'une femme qui avait fait assassiner son frère, mort sans enfants, n'ont pu succéder à ce dernier, quoiqu'il n'eût pas de plus proches parents; 2° qu'une petite-fille n'a pu recueillir la succession de son aïeul, parce que c'était la mère qui l'avait fait assassiner. La succession fut déférée à des collatéraux. Ce dernier arrêt est connu au palais sous le nom d'arrêt *La Morineau.*

enfants de l'indigne, attendu que la représentation n'est pas admise à ce degré, et comme enfin ce n'est que la proximité de parenté qu'il y a à considérer dans le même ordre, ces enfants de l'indigne, disons-nous, auront à eux seuls la totalité de la moitié affectée à leur ligne.

Que si l'on suppose, au contraire, que c'est l'indigne qui a des petits-enfants, quand l'autre cousin germain prédécédé a laissé des enfants : comme ceux-ci sont parents du défunt à un degré plus rapproché que ces mêmes petits-enfants, ils les excluront.

Enfin, si les degrés sont égaux, ils partageront par tête la part attribuée à la ligne à laquelle ils appartiennent les uns et les autres.

De cette manière, les enfants ou descendants de l'indigne ne sont point exclus pour la faute de leur auteur; ils sont, par rapport à leurs cousins, comme si elle n'avait pas eu lieu.

Remarquez aussi qu'il est indifférent, dans toutes ces hypothèses, que celui qui s'est rendu coupable du fait d'indignité soit mort avant le défunt, naturellement ou civilement, et par conséquent avant d'avoir été déclaré indigne de lui succéder (car le jugement sur l'indignité ne peut avoir lieu qu'après l'ouverture de la succession, quoique le fait puisse être constaté auparavant), ou qu'il lui ait survécu, sans avoir même encouru la mort civile, mais étant ensuite déclaré indigne : la position de ses enfants et descendants, vis-à-vis de leurs parents dans la même ligne, sera absolument la même dans les deux cas; dans l'un et l'autre, ils les primeront ou ils seront primés par eux, ou enfin ils viendront tous conjointement, suivant leur degré respectif de parenté avec le défunt, comme il a été dit ci-dessus.

Ces cas n'offrent donc aucune difficulté ; mais il peut s'en présenter d'autres qui méritent quelques observations.

131. Que l'on suppose, en effet, qu'un fils soit condamné pour avoir tenté de donner la mort à son père, qu'il ait des frères ou sœurs, et des enfants.

Que l'on suppose aussi qu'un frère se soit rendu coupable envers un de ses frères, d'avoir porté contre lui une accusation capitale jugée calomnieuse, et qu'il ait également des enfants.

Dans l'une et l'autre hypothèse, il est clair que si le coupable a survécu à son père ou à son frère, sans être encore frappé, pour le premier fait, d'une peine emportant mort civile, c'est lui qui est réellement exclu de la succession à cause de son indignité, et non ses enfants, qui n'y étaient point appelés, puisque leurs oncles ou tantes sont à un degré de parenté plus proche, et que ces mêmes enfants, abstraction faite de ce que leur père est indigne, ne peuvent le représenter, pour monter à un degré égal à celui de leurs oncles ou tantes, attendu qu'on ne représente pas les personnes vivantes au moment de l'ouverture de la succession, mais seulement celles qui étaient mortes naturellement ou civilement à cette époque (art. 744) (1) : or leur père n'était, à cette époque, mort ni naturellement ni civilement. Il n'y a pas non plus de difficulté sur ce cas, et si c'était uniquement ce qu'a voulu dire l'art. 730 (2) par ces mots : « Les enfants « de l'indigne, *venant de leur chef, et sans le se-* « *cours de la représentation,* ne sont pas exclus « pour la faute de leur père », sa disposition serait fort simple et en même temps fort juste (3), car la peine de l'indignité ne porterait que sur celui qui l'a méritée : ses enfants en seraient sans doute punis indirectement, en ce qu'à sa mort ils ne trouveraient pas une succession aussi opulente qu'elle eût pu l'être sans sa faute; mais ce n'est point de cette dernière succession qu'il s'agit : un autre crime de leur père eût pu également le dépouiller de ses biens.

Mais supposons qu'il ait prédécédé son père ou son frère (4) ; supposons même qu'il fût mort

(1) Code de Hollande, art. 894 et 895.

(2) Ibid., art. 887.

(3) Il semble que M. Toullier l'ait entendue en ce sens, car il dit : « Les fautes étant personnelles, les enfants de l'indigne ne sont pas exclus de la succession pour la faute de leur père, pourvu qu'ils puissent venir à la succession de leur chef et sans le secours de la représentation ; car *on ne peut représenter une personne vivante;* d'ailleurs la représentation ne peut donner plus de droits que n'en aurait eu le représenté. » Ainsi, cet auteur suppose que l'indigne a survécu, quand la loi dit que ses enfants ne peuvent le représenter.

(4) Ainsi, il n'y aura pas lieu à la question que nous agitons dans le cas où l'héritier a donné la mort au défunt, ni dans celui où il n'a pas dénoncé le meurtre commis sur la personne de ce dernier ; mais seulement dans ceux où il a été condamné pour avoir tenté de lui donner la mort, ou qu'il a porté contre lui une accusation capitale jugée calomnieuse, les seuls où l'on puisse supposer qu'il lui a survécu.

seulement civilement à l'époque du décès du premier : alors, ses enfants pourront-ils le représenter dans l'une ou l'autre succession, pour monter à un degré égal à celui de leurs oncles ou tantes?

Il paraît, au premier coup d'œil, que cette question n'en est pas une, puisque l'art. 730 dit : « Les enfants de l'indigne venant de leur chef, « *et sans le secours de la représentation*, ne sont « pas exclus pour la faute de leur père. » Donc, dira-t-on, ce n'est qu'autant qu'ils n'ont pas besoin de ce secours qu'ils ne sont pas exclus pour la faute de leur père, et ils sont exclus s'ils ne peuvent venir que de cette manière, si, de leur chef, ils ne sont pas à un degré de parenté qui les appelle par lui-même à l'hérédité. D'ailleurs, ces mots de l'article, *et sans le secours de la représentation*, n'auraient aucun sens, s'il ne fallait pas les entendre précisément du cas où la représentation serait possible, c'est-à-dire du cas où celui qu'il s'agirait de représenter serait mort naturellement ou civilement au moment de l'ouverture de la succession, puisqu'on ne représente pas les personnes vivantes à cette époque (art. 744) (1). Enfin, la représentation ne peut pas donner plus de droits que n'en aurait eu celui qu'on veut représenter s'il fût venu lui-même à l'hérédité : voilà pourquoi les représentants sont tenus au rapport auquel il aurait lui-même été assujetti, encore qu'ils eussent renoncé à sa succession (article 848) (2), et qu'ainsi ils n'eussent pas profité, même indirectement, de l'objet donné.

Ces raisons sont assurément très-fortes; cependant nous avons longtemps douté que la loi dût être entendue ainsi, parce qu'elle nous paraissait injuste envers les enfants de l'indigne, et démentir ses propres principes, qui sont de ne les point punir pour la faute de leur père, et, en outre, parce que le bénéfice de la représentation vient d'elle, et non de l'homme : aussi avons-nous vu nos doutes partagés par de bons esprits.

Nous nous disions : La pensée dominante des auteurs du Code, relativement aux enfants de l'indigne, a été de ne les point punir pour la faute de leur père, de les laisser par conséquent dans la même position qui si cette faute n'eût point été commise : or si elle ne l'eût pas été, par exemple, s'il n'eût point porté contre son frère une accusation capitale jugée calomnieuse, ses enfants, en le supposant prédécédé, comme nous le supposons, auraient incontestablement pu le représenter pour venir à la succession de ce frère avec leurs autres oncles ou tantes; et s'ils doivent en être exclus, ce ne peut être évidemment que parce qu'il aurait pu l'être lui-même, s'il eût survécu, en d'autres termes, à raison de sa faute (3); en sorte que la loi les punit dans un cas pour cette même faute, et ne les punit pas dans les autres. Elle est moins rigoureuse, sans doute, que l'ancienne jurisprudence, en ce qu'elle les admet du moins s'ils peuvent venir de leur chef et sans le secours de la représentation ; mais elle est moins conséquente, et elle est encore injuste à leur égard, parce qu'elle n'a pas fait pour eux tout ce qu'elle aurait dû faire ; elle oublie d'ailleurs que c'est d'elle, et non de l'homme, que l'on tient le bénéfice de la représentation, puisqu'on peut représenter celui-là même à la succession duquel on a renoncé (art. 744, 848), cas dans lequel assurément on ne considère que le sang transmis, et non la transmission d'un droit. Or quel motif empêchait donc d'avoir aussi égard, dans ce cas, au sang transmis par l'indigne à ses enfants, à l'effet que ceux-ci pussent, non pas exercer ses droits sur la succession de son père ou de son frère, car il n'en a jamais eu, étant prédécédé, on le suppose, mais simplement de monter à son degré, pour concourir avec leurs oncles ou tantes, ainsi que cela aurait lieu, d'après l'article 744, si leur père ne s'était point rendu coupable du fait dont il s'agit, ou même s'il s'agissait de la succession d'un autre oncle?

Nous répondions au texte de l'art. 730, et à l'argument tiré de ce que ce texte n'aurait aucun sens si on ne devait pas l'entendre de la représentation proprement dite, c'est-à-dire de l'exclusion des enfants qui voudraient venir à la place de leur père prédécédé (puisqu'on ne représente pas une personne vivante, et dès lors qu'il eût

(1) Code de Hollande, art. 894 et 895.

(2) Ibid, art. 1135, §§ 2 et 3.

(3) Car s'il eût commis envers tout autre un crime de nature à emporter même mort civile, et qu'il eût été condamné à la peine d'où dérive cette mort, ses enfants auraient fort bien pu le représenter dans la succession de leur oncle, puisqu'on représente aussi les morts civilement. (Art. 744.)

été inutile de porter une disposition pour prévenir un cas qui n'eût pu se présenter); nous y répondions, disons-nous, avec la loi elle-même, par l'article 787 (1), qui porte qu'on ne vient jamais par représentation d'un héritier qui a *renoncé*, ce qui suppose cependant nécessairement qu'il a survécu ; car on ne peut renoncer à une succession non ouverte, parce qu'il n'y a point encore de succession (art. 791 et 1130) (2). Or si la loi a pu se servir improprement du mot *représentation* après avoir déjà défini ce qu'elle entendait par là, après avoir dit qu'on ne représente pas les personnes vivantes (art. 744), elle a bien pu également employer ce terme dans un sens impropre avant d'en avoir encore parlé, avant d'avoir défini les conditions, les caractères et les effets de la représentation, surtout en en parlant incidemment et à l'égard d'enfants qu'elle déclarait, dans la même disposition, ne vouloir pas punir pour la faute de leur père, et qu'elle punirait cependant réellement pour cette même faute, s'ils ne pouvaient prendre part, avec leurs oncles ou tantes, à la succession de leur aïeul ou de leur oncle, quand leur père, toujours supposé prédécédé, n'y vient point, et n'y vient point, non pas par l'effet de l'indignité qui aurait pu être prononcée contre lui s'il eût survécu, mais par une autre cause, son prédécès.

Nous étions encore touché de la considération qu'il n'est peut-être pas conforme aux principes du droit, à ceux mêmes de la matière, de prononcer l'indignité d'un individu après sa mort, et seulement vis-à-vis de ses enfants. S'il en était autrement dans l'ancienne jurisprudence, on le conçoit facilement, puisque les enfants étant punis pour la faute de leur père, ils étaient eux-mêmes indignes de succéder dans les mêmes cas que ceux où il aurait été exclu. Mais aujourd'hui on ne les punit pas pour la faute de leur père ; et en admettant, ce qu'il faut bien nécessairement admettre pour qu'il puisse être question d'indignité, que leur père ait été, avant sa mort naturelle ou civile, condamné pour avoir tenté de donner la mort au défunt, ou pour avoir porté contre lui une accusation capitale jugée calomnieuse, c'est encore un point très-délicat, que de savoir si l'on peut venir faire prononcer contre eux l'indignité, si l'on peut leur opposer un jugement dans lequel ils n'ont point été parties. Ce n'est pas tout, ces mêmes enfants ne peuvent-ils pas répondre qu'on ne peut les exclure comme représentants d'un indigne, qu'autant que leur père a été indigne : or l'indignité ne peut réellement exister que lorsque la succession est ouverte, et à cette époque il est possible qu'il ne soit plus question d'indignité, vis-à-vis du coupable du moins, précisément parce qu'il se trouverait *incapable*, parce qu'il serait, par exemple, mort civilement ; car, comme on l'a dit, l'indignité présuppose la capacité, et c'est parce qu'il s'agit, dans les cas prévus par la loi, d'en détruire les effets, que l'héritier est exclu pour cause d'indignité. Ainsi, pensions-nous, on opposerait aux enfants une indignité qui n'a jamais été prononcée contre leur père, qui n'a même jamais pu l'être, puisqu'il n'existait déjà plus à l'époque où seulement il aurait pu être question de l'écarter lui-même pour sa faute, s'il eût survécu au défunt et s'il se fût présenté à sa succession.

Après avoir ainsi flotté entre les deux manières d'entendre ces mots de l'art. 730 (3), « Les enfants de l'indigne venant de leur chef, et *sans le secours de la représentation*, ne sont pas « exclus pour la faute de leur père, » nous nous sommes néanmoins déterminé pour l'opinion commune, qui, dans les espèces ci-dessus, les exclut de la succession de l'aïeul ou de l'oncle, en la déférant en totalité aux frères et sœurs de celui qui, s'il eût survécu, eût pu être écarté pour fait d'indignité. Nous regrettons toutefois que la loi n'ait pas assez fait pour ces mêmes enfants ; qu'elle les ait réellement, dans ce cas, punis pour la faute de leur père ; il fallait simplement les empêcher de venir prendre à sa place, et concurremment avec leurs oncles ou tantes, les droits qu'il aurait eus lui-même s'il n'eût point été indigne, en le supposant vivant à l'époque de l'ouverture de la succession, tout comme s'il y eût renoncé. En les empêchant de le *représenter*, dans ce cas, rien n'eût été plus juste ni plus conforme aux principes du droit, parce qu'en effet l'indignité de leur père ne devait pas leur profiter. Mais nous avons été entraîné à l'opinion commune, surtout par la disposition de l'article 848, qui veut que

(1) Code de Hollande, art. 1106.
(2) Ibid., art. 1109 et 1370.

(3) Code de Hollande, art. 887.

les enfants du donataire, à la succession duquel ils ont même renoncé soient tenus du rapport, s'ils ne viennent que par représentation, ce qui démontre qu'ils sont absolument à son lieu et place, et que, bien que le bénéfice de la représentation vienne de la loi, puisqu'on représente même celui à la succession duquel on a renoncé, néanmoins, l'effet de la représentation est de n'attribuer les mêmes droits, absolument, que ceux qu'aurait eus le représenté s'il eût survécu, avec capacité entière, à celui de la succession duquel il s'agit (art. 739) (1); par conséquent, ceux qui veulent venir par représentation d'une personne qui aurait pu être déclarée indigne, si elle eût survécu au défunt, peuvent être écartés pour la même cause, de même qu'on ne peut venir représenter celui qui a renoncé (art. 787) (2), ou, en d'autres termes, exercer les droits qu'il a abdiqués.

132. Mais comme les effets de l'indignité sont purement relatifs à la succession de celui envers lequel le fait a été commis, il s'ensuit que les enfants d'un individu coupable d'indignité envers son père qui a encore le sien, et qu'ils n'ont pu représenter dans la succession de leur aïeul, ouverte depuis la mort naturelle ou civile de leur père, pourront fort bien le représenter ensuite dans celle de leur bisaïeul, lorsqu'elle viendra à s'ouvrir : car ce ne serait pas le cas de dire que la représentation a été coupée, puisqu'il ne s'agit point de la succession dont l'indigne de succéder eût dû être écarté, s'il eût survécu à celui envers lequel il s'était rendu coupable.

En effet, il eût pu lui-même venir à la succession de ce bisaïeul (son aïeul à lui), si son père eût été mort à l'époque où elle se serait ouverte, et si d'ailleurs, à cette époque, il n'eût été lui-même mort ni naturellement ni civilement. Il eût même pu représenter son père, quoiqu'il se soit rendu indigne de lui succéder, s'il avait eu besoin de la représentation, parce qu'il existait des frères ou sœurs de son père ou des descendants d'eux au moment de l'ouverture de la succession : car il n'aurait pas emprunté le bénéfice de la représentation de son père, mais de la loi, attendu qu'il aurait pu également le représenter, dans les cas ordinaires, après avoir même renoncé à son hérédité (art. 744) (3). Or son indignité ne peut avoir, à cet égard, plus d'effet que sa renonciation. En un mot, il n'eût point représenté un indigne.

133. Et si deux fils, qui n'ont ni frères ni sœurs, se sont rendus indignes de succéder à leur père, qu'ils soient prédécédés l'un et l'autre, laissant, l'un un enfant, et l'autre des petits-enfants seulement, mais ni frères ni sœurs, ni descendants d'eux, rien n'empêchera ces petits-enfants de représenter leur père prédécédé dans la succession de leur bisaïeul, pour venir concurremment avec le fils de l'autre indigne, car leur père lui-même n'a jamais été indigne ; il n'eût pu représenter le sien, il est vrai, mais il peut très-bien être représenté lui-même, pour élever ses enfants à son degré et à sa place. Nous ne voyons pas, en effet, pourquoi la représentation ne pourrait avoir lieu jusqu'à ces fils exclusivement, puisqu'elle a lieu à l'infini dans la ligne directe descendante (art. 740) (4). Et dans l'hypothèse où, au lieu d'un enfant, l'un des indignes en aurait laissé trois, et que l'autre aurait laissé quatre petits-enfants d'un seul enfant prédécédé, la succession se diviserait en quatre portions égales, dont l'une serait attribuée aux quatre petits-enfants, qui se la subdiviseraient entre eux. En effet, la première division se serait faite par tête et non par souche, parce que la représentation n'a pu avoir lieu jusqu'aux enfants de l'auteur commun inclusivement, puisqu'ils étaient tous deux indignes. Si le père de ces petits-enfants fût venu lui-même à l'hérédité conjointement avec ses cousins germains, le partage n'en eût pas moins eu lieu par tête, puisqu'il n'eût pu représenter son père indigne. Or, ses enfants, qui le représentent, n'ont que les mêmes droits.

CHAPITRE III.

DES DIVERS ORDRES DE SUCCESSIONS RÉGULIÈRES.

SOMMAIRE.

134. *Division du chapitre.*

134. Les rédacteurs du Code ont divisé ce chapitre en cinq sections.

(1) Code de Hollande, art. 888.
(2) Ibid., art. 1106.
(3) Code de Hollande, art. 894 et 895.
(4) Ibid., art. 889.

Dans la première, ils ont tracé les dispositions générales sur la dévolution ;

Dans la seconde, ils traitent de la représentation ;

Dans la troisième, de la succession déférée aux descendants ;

Dans la quatrième, des successions déférées aux ascendants ;

Et dans la cinquième, des successions collatérales.

Nous suivrons nous-même cette division.

SECTION PREMIÈRE.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES SUR LA DÉVOLUTION DE L'HÉRÉDITÉ ; DES LIGNES, ET DES DEGRÉS DE PARENTÉ.

SOMMAIRE.

§ Ier.

Dispositions générales sur la dévolution de l'hérédité.

135. *D'après la présomption d'affection du défunt, la loi défère ses biens à ses parents, quand il n'en a pas disposé.*

136. *Sous la dénomination générique de* parents, *on comprend les descendants de la personne décédée, ses ascendants, et ses collatéraux.*

137. *Mais les collatéraux au delà du douzième degré ne succèdent pas.*

138. *La succession, en principe, n'est déférée qu'aux plus proches parents : la règle souffre néanmoins quelques exceptions, sommairement indiquées.*

139. *On ne considère plus la* nature *des biens.*

140. *On n'en considère pas davantage* l'origine.

141. *Toute succession échue à des ascendants ou à des collatéraux se divise en deux parts égales : l'une pour les parents de la ligne paternelle, l'autre pour ceux de la ligne maternelle. La règle souffre exception dans certains cas.*

142. *En opérant cette division, la loi ne donne pas la moitié de l'hérédité aux seuls parents paternels du père du défunt, et l'autre moitié aux seuls parents maternels de sa mère; elle appelle aussi les parents maternels du père et les parents paternels de la mère.*

143. *Les parents utérins ou consanguins ne sont pas exclus par les germains, mais ils ne prennent part que dans leur ligne, tandis que les germains prennent part dans les deux lignes.*

144. *Divers exemples de cas où s'applique la règle.*

145. *L'avantage du double lien est nul dans la même ligne, démonstration par un exemple.*

146. *Il en serait peut-être autrement dans le cas où le partage par lignes n'a pas lieu, parce que l'une d'elles manque tout à fait, et qu'il y a dévolution au profit de l'autre.*

147. *Combinaison de la deuxième disposition de l'article* 733 *avec l'article* 752, *auquel elle renvoie comme à une exception à la règle qu'elle consacre.*

148. *Il ne se fait dévolution d'une ligne à l'autre qu'autant qu'il n'y a pas dans l'une d'elles de parents au douzième degré se portant et pouvant se porter héritier.*

149. *Après cette première division, il ne s'en fait plus d'autre, sauf le cas de représentation : le plus proche dans sa ligne exclut le plus éloigné; ceux du même degré partagent par tête.*

150. *Ainsi plus de* refente; *elle n'avait même pas lieu sous la loi de nivôse an* II, *quoiqu'on ait souvent prétendu le contraire, par suite des anciens principes coutumiers.*

151. *Transition à l'exposé de la composition de la famille.*

§ II.

Des lignes, des degrés de parenté, de la composition de la famille.

152. *On rappelle qu'on a déjà parlé plusieurs fois des lignes paternelle et maternelle.*

153. *On considère ici les lignes sous un autre rapport. Les degrés de parenté se forment des générations.*

154. *La ligne est la série des personnes qui descendent les unes des autres, ou d'un auteur commun : aussi elle est directe ou collatérale. La directe est descendante ou ascendante.*

155. *Elle est l'une ou l'autre, selon le rapport sous lequel on envisage l'une des personnes respectivement à l'autre.*

156. *Comment on suppute les degrés en ligne directe.*

157. *Comment on les suppute en ligne collatérale, et d'après le droit civil, et d'après le droit canonique.*

158. *Autres développements sur la composition de la famille en ligne paternelle et en ligne maternelle, en ce sens que tous les parents maternels et paternels de mon père sont mes parents paternels, et que tous les parents paternels et maternels de ma mère sont mes parents maternels.*

159. *La subdivision des lignes en branches, hors le*

cas de la représentation, n'a pas lieu pour l'application des articles 733 et 734.

160. *Quels sont mes parents collatéraux du côté paternel et du côté maternel.*

161. *Suite.*

162. *Suite.*

163. *Relativement à la dévolution de la succession à telle personne qui se présente pour y prendre part dans l'une ou l'autre ligne, on doit uniquement considérer si cette personne était parente du défunt du côté du père ou de la mère de ce dernier, et non si elle était sa parente du côté de son père, à elle, ou de sa mère.*

164. *Importance de la distinction.*

165. *Les descendants d'une personne sont tout à la fois ses parents paternels et maternels, et réciproquement.*

166. *Au contraire, les ascendants d'une personne ne sont ses parents que dans une seule ligne.*

167. *Parmi les collatéraux il en est qui étaient unis au défunt des deux côtés, paternel et maternel : ce sont les frères ou sœurs germains et leurs descendants.*

168. *Mais les oncles et tantes du défunt ne sont pas ses parents dans les deux lignes, quoique le défunt descendit d'un frère ou d'une sœur germaine de l'oncle ou de la tante.*

169. *Les frères ou sœurs consanguins ne sont parents entre eux que d'un seul côté, et il en est de même des frères ou sœurs utérins : cela est vrai également à l'égard des descendants des uns ou des autres.*

170. *L'oncle ou la tante ne sont pas toujours parents* paternels *du neveu ou de la nièce, quoique le neveu ou la nièce descendit d'un frère consanguin ou d'une sœur consanguine de l'oncle ou de la tante; et* vice versa, *ils ne sont pas toujours ses parents* maternels, *quoique le neveu ou la nièce descendit d'un frère utérin ou d'une sœur utérine.*

171. *Les descendants des frères ou sœurs consanguins ne sont pas toujours* entre eux *parents* paternels; *et les descendants des frères ou sœurs utérins ne sont pas toujours* entre eux *parents* maternels.

172. *Conclusion générale.*

§ Ier.

Dispositions générales sur la dévolution de l'hérédité.

155. Nous avons dit plus haut que, voulant se conformer au vœu de la nature et de la justice, la loi défère les successions aux parents légitimes des défunts, quand ceux-ci n'en ont pas eux-mêmes disposé; qu'elle fait, en quelque sorte, le testament de ceux qui n'en ont point fait.

Toutefois, tous les parents d'une personne ne sont pas conjointement et indistinctement appelés à lui succéder ; la loi, au contraire, détermine un ordre d'après lequel les uns sont admis de préférence aux autres ; et cette préférence est généralement fondée sur le degré d'affection présumée du défunt. Sans doute, dans bien des circonstances, elle peut ne reposer que sur une présomption fautive, mais c'était cependant la seule raisonnable que le législateur dût adopter, car il ne peut descendre dans le cœur de chacun pour y lire ses véritables sentiments. Aussi s'est-il déterminé par ce qui arrive le plus communément, et le plus communément on préfère ses plus proches parents aux plus éloignés, et ceux-ci aux étrangers. D'ailleurs, il a laissé aux citoyens la faculté de régler eux-mêmes la transmission de leurs biens, et d'en disposer suivant l'attachement réel qui peut les porter à donner la préférence à tel individu sur tel autre, même de leur famille ; et s'il a mis quelques restrictions à cette faculté, c'est en faveur seulement des personnes que le défunt ne pouvait, sans injustice, priver entièrement des biens qu'il laissera après sa mort. Ainsi, en principe général, il ne s'occupe de régler la destination du patrimoine des défunts que lorsque ceux-ci ne l'ont pas fait eux-mêmes ; et alors il agit comme il suppose qu'ils auraient agi eux-mêmes, s'ils avaient jugé à propos de manifester leur volonté à cet égard.

156. Ainsi, les parents sont ceux à qui la loi défère les biens, en l'absence de toute disposition particulière de l'homme, et sous le nom générique de *parents* nous comprenons :

Les descendants de la personne décédée ;

Ses ascendants,

Et ceux qui lui tenaient par le sang latéralement, ou ses collatéraux (1).

157. Mais au delà du douzième degré, ces

(1) Nous nous éloignons en cela de l'étymologie du mot *parens, parentes*, c'est-à-dire *ii qui peperunt*, terme par conséquent qui ne devrait s'appliquer qu'aux seuls ascendants, qu'à ceux qui ont donné la naissance aux autres : aussi ne s'appliquait-il qu'à ces derniers dans le droit romain ; mais chez nous il a une acception beaucoup plus étendue.

derniers ne succèdent plus (art. 755) (1). Une parenté aussi éloignée, et, dans la plupart des cas, aussi difficile à établir, ne suppose plus d'affection particulière, comme un lien trop prolongé perd de sa force en perdant de sa tension.

138. La succession n'est, au surplus, déférée aux parents que dans l'ordre dont il sera bientôt parlé ; mais, règle générale, elle l'est d'abord aux descendants ; à leur défaut, aux ascendants, et, à défaut des uns et des autres, aux parents collatéraux. (Art. 731.)

Et, règle générale aussi, le plus proche en degré exclut le plus éloigné.

La première de ces règles souffre toutefois une exception, en ce sens que quelquefois les collatéraux concourent avec les ascendants, et quelquefois même les excluent.

Et la seconde en souffre deux, savoir : 1° à raison de la division de la succession par lignes, quand il y a lieu à cette division, cas dans lequel le plus proche parent du défunt n'exclut pas le plus éloigné, mais seulement le plus éloigné dans sa ligne ;

2° Le plus proche dans sa ligne n'exclut pas le plus éloigné, si celui-ci peut, par le bénéfice de la représentation, monter à un degré égal au sien ; le tout suivant ce qui sera successivement expliqué.

139. Un principe fondamental de notre nouveau (2) système des successions, c'est que la loi ne considère ni la nature ni l'origine des biens, pour en régler la transmission par voie d'hérédité. (Art. 732) (3).

Ainsi, la loi ne considérant point la *nature* des biens pour en régler la succession, il n'y a plus lieu, comme dans l'ancienne jurisprudence de nos pays coutumiers, à attribuer les biens meubles à tel héritier, et les immeubles à tel autre (4) ; et, sauf ce que nous dirons plus tard en parlant des *majorats,* comme il n'y a plus de biens nobles, et de biens non nobles, que ces derniers vestiges de la féodalité ont entièrement disparu, nous ne voyons plus une partie de l'hérédité attribuée par privilége, et à titre de biens nobles, à tel héritier, et les autres biens déférés suivant les règles communes. Notre Code, sous ce rapport, est conforme au droit romain, qui n'a jamais fait, touchant la transmission des biens par voie de succession, de distinction en ce qui touche leur *nature.*

140. Ainsi encore, la loi ne considérant point *l'origine* des biens pour en régler la succession, il n'y a plus de distinction à faire entre les *propres* et les *acquêts*, pour attribuer les premiers à tels héritiers seulement, et les autres à des héritiers différents. Il n'y a plus lieu non plus, et sauf la disposition spéciale de l'art. 747 (5), fondée sur des motifs particuliers, et qui n'est point d'ailleurs un effet du système abrogé, il n'y a plus lieu non plus à déférer aux seuls parents paternels les biens qui étaient provenus au défunt de ses parents paternels, et aux seuls parents maternels les biens qui lui étaient échus du côté maternel. La célèbre règle : *Paterna paternis*, *materna maternis*, sujette, dans son application, à tant de difficultés (6), se trouve par là formellement proscrite. Tous les biens du défunt, quelles que soient leur nature et leur origine, qu'ils lui viennent du côté paternel ou maternel, n'importe, ne forment qu'un seul et même patrimoine, une seule et même succession, dont la transmission s'opère suivant des règles communes à tous les parents qui sont appelés par la loi à raison de leur degré de parenté avec le défunt.

(1) Code de Hollande, art. 908.

(2) Nous l'appelons *nouveau* par rapport aux lois anciennes et aux anciennes coutumes, et abstraction faite des lois de la révolution sur cette matière, notamment de celle du 17 nivôse an II, qui avait déjà consacré le principe établi à l'art. 732 du Code civil.

(3) Code de Hollande, art. 896.

(4) Par exemple, dans la coutume de Paris, les père et mère, et, à leur défaut, les autres ascendants de l'enfant décédé sans postérité, succédaient aux meubles et *acquêts*. (Art. 311.) Les *propres* passaient aux collatéraux du côté et ligne d'où ils étaient provenus à l'enfant.

(5) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(6) Quoiqu'on pût certainement la justifier sous plus d'un rapport, car elle avait pour effet d'empêcher les biens de passer trop promptement d'une famille dans une autre. Elle n'était nullement une conséquence, même éloignée, du régime féodal, puisqu'elle a existé, sous quelques points de vue du moins, dans le droit romain, auquel ce régime était entièrement étranger, lui étant postérieur de plusieurs siècles. *Voyez* à ce sujet la L. 13, § 2. Cod. *de Legitimis heredibus*, et la Novelle 84, c. 1, § 2. Quelques auteurs ont même soutenu que Justinien, auteur de l'une et de l'autre, n'avait point abrogé cette règle par sa Novelle 118 ; mais Vinnius démontre clairement, selon nous, que cette opinion est erronée.

141. Un autre principe général de la matière, c'est que « toute succession échue à des ascendants « ou à des collatéraux se divise en deux parts « égales : l'une pour les parents de la ligne pater- « nelle, l'autre pour les parents de la ligne mater- « nelle (1). » (Art. 733) (2).

C'est la division par lignes, dont il vient d'être parlé ; elle n'a lieu toutefois qu'autant que la descendance légitime manque tout à fait, parce que ce n'est que dans ce cas que les ascendants et les collatéraux sont appelés.

142. L'article dit : « Toute succession échue « à des ascendants ou à des collatéraux se divise « en deux parts égales, etc.; » mais, premièrement, la règle n'est pas seulement applicable au cas où la succession serait déférée à des ascendants uniquement, ou à des collatéraux seulement; elle l'est aussi au cas où l'hérédité est déférée à des ascendants ET à des collatéraux tout à la fois. (Art. 753) (3).

En second lieu, elle ne s'applique point lorsque ces collatéraux sont des frères ou sœurs, même simplement consanguins ou utérins, ou des descendants d'eux, en concours avec le père ou la mère seulement; car ils ont les trois quarts de la succession, et le père ou la mère l'autre quart (art 752) (4); et néanmoins la succession est échue à des ascendants et à des collatéraux ; en sorte que la première partie de cet art. 733 (5) souffre exception comme la seconde, la seule cependant qui en mentionne une, qui se trouve aussi dans l'article 752, mais qui n'a rapport qu'aux frères utérins ou consanguins, tandis que celle que nous venons d'indiquer se rapporte aux frères germains.

Et quand le défunt laisse pour plus proches parents son aïeul paternel et un frère utérin, ou son aïeul maternel et un frère consanguin, la succession appartient tout entière au frère, à l'exclusion de l'ascendant (art. 750) (6), ainsi que nous le démontrerons plus amplement dans la suite : car, quoiqu'elle soit déférée à un collatéral, néanmoins ce collatéral n'est point de la classe de ceux dont entend parler ce même art. 733; autrement il serait en opposition manifeste avec l'art. 752, auquel, encore une fois, il ne renvoie pas dans sa première partie, mais seulement dans la seconde, et pour le cas du concours des frères consanguins ou utérins avec les père et mère, ou l'un d'eux seulement. Au surplus, en opérant cette division de la succession par lignes ; en en donnant une moitié aux parents de la ligne paternelle, et l'autre moitié aux parents de la ligne maternelle, la loi ne fait pas cette attribution aux seuls parents paternels qui tenaient au défunt par son père, et aux seuls parents maternels qui tenaient à lui par sa mère : elle la fait indistinctement, et, sauf la proximité du degré, aux parents maternels et paternels de son père, et aux parents paternels et maternels de sa mère. Ainsi, l'aïeul et l'aïeule maternels de son père (7) l'aïeul et l'aïeule paternels de sa mère, peuvent être conjointement appelés; et ils partageraient, les premiers, la part attribuée à la ligne paternelle ; les seconds, celle attribuée à la ligne maternelle; et ainsi de suite.

143. Le même art. 733 ajoute, comme seconde règle :

« Les parents utérins ou consanguins ne sont « pas exclus par les germains ; mais ils ne pren- « nent part que dans leur ligne, sauf le cas prévu « à l'art. 752 du Code. Les germains prennent « part dans les deux lignes (8). »

(1) Dans le droit romain, la division par lignes n'avait pas lieu : le plus proche ascendant, ou le plus proche collatéral du défunt (ou qui pouvait se placer au degré le plus proche par le bénéfice de la représentation), prenait la totalité des biens, sans aucune division entre la ligne paternelle et la ligne maternelle : s'ils étaient plusieurs au même degré, ils partageaient par tête. Ainsi, l'on n'a adopté ni le droit romain, ni le droit coutumier avec sa règle *paterna paternis, materna maternis*.

(2) Code de Hollande, art. 897.

(3) Ibid., art. 905 et 906.

(4) Ibid., art. 902.

(5) Ibid., art. 897.

(6) Ibid., art. 903.

(7) Qui sont les bisaïeuls du défunt, ou, en d'autres termes, les père et mère de la mère du père de ce défunt. *Voyez* les art. 403 et 404, où l'on suppose le concours, quant à la tutelle, entre deux ascendants appartenant tous deux à la ligne paternelle ou maternelle du mineur, et à des degrés supérieurs à celui d'aïeul. On sent, en effet, qu'en remontant, à chaque génération le nombre des aïeuls double dans chaque ligne. Ainsi, il peut exister l'aïeul et l'aïeule paternels, l'aïeul et l'aïeule maternels du père du défunt, et l'aïeul et l'aïeule paternels, ainsi que l'aïeul et l'aïeule maternels de la mère de ce même défunt; ce qui donne à ce dernier huit ascendants ou bisaïeuls. Son fils en aura eu seize, et le fils de celui-ci trente-deux, jusque et y compris seulement les personnes ci-dessus indiquées, et sans parler des intermédiaires

(8) Pour ne point entraver la discussion, nous avons placé dans le § suivant tout ce qui est relatif aux lignes, aux degrés de parenté, et à la composition de la famille : on ferait même

Il n'eût pas été juste, en effet, de faire exclure les parents qui tenaient au défunt d'un seul côté, par les germains ou ceux qui lui tenaient des deux côtés ; et en cela on a sagement fait de s'éloigner du système des Novelles 84 et 118 de Justinien (1), ainsi que des dispositions du plus grand nombre de nos anciennes coutumes, suivant lesquelles les consanguins ou utérins étaient exclus par les frères ou sœurs germains, et même par des enfants de ces frères ou sœurs.

On appelait ce privilége attribué aux germains et à leurs enfants, le *privilége du double lien.*

Mais, d'autre part, il eût été absurde de donner aux parents qui ne tenaient au défunt que d'un seul côté autant de droit qu'aux germains, puisque le lien qui les unissait au défunt est bien moins fort que celui qui attachait les germains à ce dernier. Le Code a donc pris le parti le plus équitable et le plus conforme à la raison, en admettant les uns et les autres, mais en donnant aux germains le droit de prendre part dans les deux lignes, puisqu'ils sont parents des deux côtés. C'est l'égalité relative, la seule qui soit réellement égalité.

144. Ainsi, Paul qui avait eu d'un premier mariage Alexandre et Stanislas, a eu d'une seconde union Jean et Pierre ; Paul étant venu à mourir, sa veuve s'est remariée, et a eu de son nouveau mariage Philippe et George ; tous ces enfants vivent encore.

Jean et Pierre sont germains entre eux ; ils sont simplement consanguins avec Alexandre et Stanislas, et simplement utérins avec Philippe et George ; mais ceux-ci ne sont rien aux deux précédents : ils n'ont eu ni le même père ni la même mère : ils sont avec eux ce que les Latins appelaient *comprivigni.*

D'abord, si l'on suppose qu'Alexandre ou Philippe est venu à mourir sans laisser de postérité ni d'ascendants, il est clair que son frère Stanislas ou George, se trouvant seul dans sa ligne, prend à lui seul la part attribuée à cette ligne, et partage l'autre par égales portions avec ses deux frères Jean et Pierre, qui lui tiennent du côté paternel ou maternel; en sorte que si la succession est de 24,000 fr., il en aura à lui seul 16,000, et chacun de ces derniers 4,000 seulement.

Supposons maintenant que ce soit Jean qui vienne à mourir sans enfants, et toujours, pour plus de simplicité dans l'espèce, sans aucun ascendant ; sa succession est pareillement de 24,000 fr.: elle se divise d'abord (au moins fictivement) en deux parts égales, moitié pour la ligne paternelle, moitié pour la ligne maternelle. Nous trouvons de la sorte en concours, dans la ligne paternelle, Pierre, Alexandre et Stanislas, dont chacun a le tiers de la moitié affectée à cette ligne, ou 4,000 fr. Nous trouvons en concours dans la ligne maternelle le même Pierre, mais avec Philippe et George : la répartition étant la même que dans l'autre ligne, chacun d'eux a également 4,000 fr.; ce qui donne à Pierre 8,000 fr., et à chacun des consanguins ou utérins 4,000 seulement, comme il vient d'être dit.

Que si l'on conserve l'espèce ci-dessus, mais en la modifiant de la manière suivante, notre art. 755 ne présentera non plus aucune difficulté dans son application.

Stanislas est mort, mais laissant des enfants; il en est de même de Pierre, frère germain de Jean, et celui-ci meurt ensuite sans laisser de descendants ni d'ascendants. Les enfants de Stanislas, ainsi que ceux de Pierre, représentant leur père prédécédé, comme on le verra plus loin, auront la part qu'il aurait eue s'il eût survécu, et ils se la partageront entre eux par tête. Rien n'est plus clair.

Que s'il n'y a que des frères consanguins du défunt en concours avec des frères utérins de celui-ci, il n'y a pas davantage de difficulté : la succession se divise également en deux parts égales, moitié pour la ligne paternelle moitié pour la ligne maternelle. Ainsi, mon père a eu d'un premier mariage Alexandre et Stanislas, et ma mère avait eu elle-même d'un premier mariage Philippe : je meurs sans laisser de descendants, ni de frères ou sœurs germains, ou

bien de commencer par lire attentivement ce même § avant de lire l'analyse des dispositions générales que nous faisons maintenant ; elle en serait mieux comprise.

(1) Il n'avait admis que les frères et sœurs germains du défunt à concourir avec les ascendants, ou à concourir entre eux. Les consanguins et les utérins étaient ainsi exclus par les ascendants, même autres que les père et mère, et par les frères et sœurs germains et les enfants de ceux-ci. *Voyez* aussi la Novelle 127, *princip.*, et cap. 1.

descendants d'eux, ni père ni mère; Alexandre et Stanislas ont la moitié de ma succession, et ils se la partagent par tête; et Philippe a l'autre moitié à lui seul, parce qu'à lui seul il représente toute la ligne maternelle.

Bien mieux, si nous le supposons indigne ou renonçant, mais ayant des enfants ou descendants, ces mêmes enfants ou descendants, bien qu'ils ne puissent représenter leur père ou aïeul, puisqu'il est indigne ou qu'il a renoncé, n'en auront pas moins la moitié de la succession, parce qu'ils sont dans une autre ligne que celle à laquelle appartiennent les consanguins Alexandre et Stanislas, et qu'ici la proximité du degré est indifférente, le partage devant d'abord se faire *par lignes,* et que tous les frères ou sœurs consanguins, ou leurs descendants, ont, comme frères ou comme enfants de frères, la part déférée à leur ligne. Cet enfant de Philippe, indigne ou renonçant, ne serait exclu que par un autre frère ou représentant de frère du même côté, s'il en existait, ou bien par un frère germain ou enfant de ce frère, si j'en avais laissé; car il serait mon parent maternel comme mon parent paternel : il serait, par conséquent, dans la même ligne que Philippe et ses enfants, et alors la proximité du degré devrait être suivie.

Nous verrons aussi plus loin que la qualité d'enfant de frère donne la préférence sur les ascendants autres que les père et mère, et le droit de concourir avec ceux-ci, encore que l'enfant ou le descendant du frère ne puisse le représenter, soit pour cause d'indignité, soit pour cause de renonciation, et qu'ainsi cet enfant ou ce descendant soit à un degré de parenté avec le défunt beaucoup plus éloigné que celui du père ou de l'aïeul : c'est qu'ici on ne s'attache point au degré de parenté, mais à la *qualité* de cette parenté.

145. Mais ce n'est pas uniquement en faveur des frères ou sœurs germains, ou descendants d'eux, en concours avec des frères ou sœurs consanguins ou utérins, ou leurs descendants, que l'art. 733 semble établir le droit de prendre part dans les deux lignes; on dirait que c'est aussi en faveur des *parents* germains en concours avec des *parents* utérins ou consanguins indistinctement; car, bien que le mot *germains,* dans cet article, ne soit pas précédé de celui de *parents*, comme l'est celui d'*utérins*, néanmoins il est évident que ce mot *parents* est sous-entendu, par la relation qui existe entre les germains, d'une part, et les consanguins ou utérins, d'autre part.

Mais, d'un autre côté, l'art. 734 (1) ne veut pas qu'une fois la grande division entre les deux lignes opérée, il se fasse des subdivisions dans chacune de ces lignes, sauf le cas de la représentation : or, précisément la difficulté s'élève dans un cas où la représentation n'est pas admise, et où l'un des héritiers tenait au défunt du côté paternel et du côté maternel, tandis que les autres ne lui tenaient que d'un seul côté.

Ainsi, la question est de savoir si le double lien, au delà de frères ou sœurs, ou de leurs représentants, et quand la division par lignes a déjà été opérée, donne droit, à ceux qui l'ont en leur faveur, d'exiger que la part attribuée à la ligne dans laquelle ils se trouvent soit elle-même subdivisée en deux portions, pour qu'ils puissent prendre part dans chacune d'elles, tandis que les collatéraux qui ne tiennent au défunt que d'un seul côté ne prendraient part que dans l'une de ces portions seulement, et en supposant encore que leur degré de parenté les appelât à l'hérédité?

Par exemple, Sempronius a eu d'un premier mariage Claudius, et d'une nouvelle union Titius et Titia. Titia, mariée à Sulpitius, est décédée, laissant Valerius, qui vient lui-même de mourir sans postérité. C'est de la succession de celui-ci qu'il s'agit. Sempronius est également prédécédé.

Cette hérédité se partage incontestablement entre Sulpitius, père du défunt, qui a même l'usufruit du tiers des biens auxquels il ne succède pas en propriété, et les parents du côté maternel, Claudius et Titius (art. 753) (2). Mais ce dernier tenait au défunt par le double lien; il était frère germain de Titia, mère de ce défunt, tandis que Claudius ne lui tenait que d'un seul côté, étant seulement frère consanguin de Titia. Or doit-on subdiviser la moitié attribuée à la ligne maternelle, pour que Titius prenne à lui

(1) Code de Hollande, art. 898.

(2) Code de Hollande, art. 905 et 906.

seul une des parts que l'on ferait de cette moitié, et partage l'autre avec Claudius? Ou bien le principe que les germains prennent part dans les deux lignes ne s'applique-t-il plus dès que ces deux lignes ont déjà été dotées par la première division de l'hérédité en deux parts égales? car, dans l'espèce, Sulpitius, père du défunt, a eu la moitié de la succession, puisqu'il vit encore.

Allons plus loin : supposons aussi que Titius eût prédécédé Valerius, son neveu, mais ayant laissé un fils : ce dernier, cousin germain de Valerius, son parent au quatrième degré, et issu d'un père qui tenait à celui-ci par le double lien, pourra-t-il concourir avec son oncle Claudius, qui ne tenait au défunt, comme on l'a dit, que d'un seul côté, mais qui est parent au troisième degré, et dans la même ligne, car ils sont tous deux dans la ligne maternelle?

Dans les espèces ci-dessus, il ne se fait plus de division une fois que la première est opérée entre les deux lignes, paternelle et maternelle. L'art. 734 prohibe toute division *pour régler la dévolution* (1). En conséquence, dans la première hypothèse, Claudius aura, dans la part ou moitié attribuée à la ligne maternelle, une portion égale à celle de Titius, et, dans la seconde, Claudius exclura le fils de Titius.

Car, que l'on remarque bien que le double lien ne donne le droit de prendre part que dans les *deux lignes*, et non pas dans les *deux branches* de la même ligne ; l'art. 733 (2) est positif à cet égard. Or, dans ces espèces, Claudius et Titius, ou Claudius et le fils de Titius, sont de la même ligne, quoiqu'ils ne soient pas de la même branche de cette ligne, puisque la mère de Claudius n'était pas celle de Titius, ni celle du fils de ce dernier. Toute subdivision dans la même ligne étant prohibée hors le cas de la représentation, et la représentation, dans l'espèce, n'ayant pas lieu, le double lien, ou la *germanité*, si l'on peut s'exprimer ainsi, ne donne pas plus de droit que la parenté d'un seul côté avec le défunt. Il faut toujours en revenir à la proximité du degré dans la *ligne* où l'on se trouve, et à égalité de degré, au partage par tête, soit que l'on appartienne à la branche maternelle de cette ligne, soit qu'on appartienne à la branche paternelle.

146. Il n'y aurait qu'un cas où, peut-être, le double lien, aux degrés où la représentation n'est pas admise, pourrait donner des droits plus étendus que ceux de la parenté d'un seul côté : ce cas serait celui où il y aurait eu dévolution d'une ligne à celle dans laquelle se trouvent tout à la fois des parents germains et des parents consanguins ou utérins, soit parce qu'il n'y a pas de parents au degré successible dans la première ligne, soit parce que ceux qui existent sont indignes ou ont renoncé. Comme alors il n'y a pas de division préalable entre les deux lignes, on n'est plus dans les termes de l'art. 734, qui ne prohibe les subdivisions que lorsque la division première et principale a été opérée entre les deux lignes ; et le principe de l'article 733, seconde disposition, qui veut que les germains aient des droits plus étendus que les parents utérins ou consanguins, pourrait recevoir son application. La division, dans ce cas, se ferait en deux parts égales, moitié pour le côté (3) paternel, moitié pour le côté maternel : les parents de l'un et l'autre côté, comme Titius, dans l'espèce donnée d'abord en exemple, prendraient part dans les deux, et Claudius prendrait part seulement dans celle attribuée à son côté. On ne serait pas, il est vrai, dans les termes mêmes de la loi, qui ne fait cette division par moitié qu'entre les *lignes ;* mais on serait assez dans son esprit, puisque cette division serait toujours la première qui serait faite. Au reste, cela est encore fort douteux, et nous n'admettrions même pas la *refente* entre le fils de Titius, si celui-ci était prédécédé, et son oncle consanguin Claudius ; l'article 734 veut trop formellement que le plus proche dans chaque *ligne* exclue le plus éloigné.

147. On a vu que l'art. 733, dans sa deuxième partie, fait, en renvoyant à l'art. 752, une contradiction entre ces deux dispositions, parce que la première ne suppose pas qu'il y ait lieu à la représentation.

(1) Mais non pour faire le partage des biens entre les diverses branches qui sont appelées d'après les principes sur la dévolution ; car l'art 743 veut, dans tous les cas où la représentation est admise, que le partage s'opère par souches, et que si une même souche a produit plusieurs branches, la subdivision se fasse aussi par souches dans chaque branche. Mais il n'y a pas

(2) Code de Hollande, art. 897.

(3) Nous disons le *côté*, puisqu'il n'y a toujours qu'une seule *ligne* venant à l'hérédité.

ception à la règle que les parents consanguins ou utérins ne prennent part que dans leur ligne. Cette exception résulte de ce que, lorsque le défunt, décédé sans postérité, n'a laissé que des frères ou sœurs d'un seul côté (ou des descendants d'eux, art. 742, 750 et 751) (1), mais ayant ses père et mère, ou l'un d'eux seulement, la moitié ou les trois quarts attribués aux frères et sœurs en général appartiennent à ces frères ou sœurs consanguins ou utérins, ou à leurs descendants (2). En sorte que si le père seulement existe, et qu'il y ait des frères utérins, ou si c'est la mère, et qu'il y ait des frères consanguins, le partage ne se fait pas en deux parts égales, moitié pour la ligne paternelle, moitié pour la ligne maternelle : le père, ou la mère, n'a seulement que le quart, et les parents consanguins ou utérins prennent ainsi au delà de ce qui revenait à leur ligne de droit commun. Nous verrons même plus loin que le frère consanguin exclut l'aïeul maternel, et, *vice versa*, que le frère utérin exclut l'aïeul paternel, et qu'ainsi toute la succession est attribuée à une seule ligne ; comme elle l'est également à une seule ligne lorsque le frère consanguin est en concours avec le père seulement, ou le frère utérin avec la mère seule.

148. Mais comme, en principe, toute succession échue à des ascendants ou à des collatéraux se divise en deux parts égales, l'une pour les parents paternels, l'autre pour les parents maternels, tant qu'il y a dans l'une et l'autre ligne des parents au degré successible, c'est-à-dire au douzième degré inclusivement, capables d'ailleurs de recueillir la succession, qui n'en sont point exclus pour cause d'indignité, et qui n'y ont point renoncé, ces parents prennent cette part, et il ne se fait de dévolution d'une ligne à l'autre que lorsqu'il ne se trouve aucun ascendant ni collatéral de l'une des deux lignes (art. 733) pouvant venir à l'hérédité, et n'y ayant point renoncé, en un mot, aucun parent au douzième degré, se portant et pouvant se porter héritier.

149. Ainsi que nous l'avons déjà dit, une fois cette première division opérée entre les lignes paternelle et maternelle, il ne se fait plus de division entre les diverses branches ; mais la moitié dévolue à chaque ligne appartient à l'héritier ou aux héritiers les plus proches en degrés, sauf le cas de la représentation, ainsi qu'il sera dit ci-après. (Article 734.)

Par exemple, si Paul a pour plus proche parent dans la ligne paternelle, Antoine, son oncle, et Charles, père ou oncle de ce dernier, ce sera Antoine qui aura seul la part attribuée à cette ligne. Et si, au lieu d'Antoine, on suppose un cousin germain dans la même ligne, il y aura concours entre lui et le grand-oncle, parce qu'ils seraient tous deux au même degré, au quatrième.

Que si Paul a, dans la ligne maternelle, pour plus proches parents, Alexandre, son cousin germain, et Philippe, enfant d'un autre cousin germain prédécédé, Alexandre aura seul, à l'exclusion de Philippe, qui est d'un degré plus éloigné que lui, la part attribuée à cette ligne.

Si l'on suppose enfin qu'Alexandre était décédé au moment de la mort de Paul, mais ayant laissé plusieurs enfants, par exemple quatre, ou qu'il soit indigne, ou qu'il ait renoncé, il ne se ferait pas davantage une subdivision entre eux et Philippe, de la part attribuée à la même ligne, à l'effet d'en donner moitié à ce dernier, et l'autre moitié à ces mêmes enfants ; le partage se ferait entre eux par tête, et chacun aurait le cinquième de la portion affectée à sa ligne, parce qu'ils sont tous au même degré ; et tout ce qui vient d'être dit s'applique aux degrés ultérieurs.

150. Ainsi il n'y a plus lieu de prétendre, comme on l'a si souvent, et mal à propos, prétendu sous la loi de nivôse an II, en appelant ce système le système de la *refente* (3), qu'il y a lieu

(1) Code de Hollande, art. 891, 892, 903 et 902.

(2) L'art. 751, auquel se réfère le suivant, se sert bien de l'expression *représentants* pour indiquer les enfants et descendants de frères ou sœurs du défunt, en concours avec les père et mère ; mais ce terme ne veut pas dire qu'il soit nécessaire que ces mêmes enfants (ou descendants) doivent venir par *représentation*, qu'ils ont besoin de ce bénéfice, et qu'ils seraient exclus si leur père ou mère eût été indigne ou avait renoncé ; car ils viendraient également en concours avec leur aïeul ou aïeule, en vertu de leur seule qualité *d'enfants de frère ou sœur*, ainsi que nous avons déjà eu occasion de le dire ; et nous aurons encore occasion de le répéter.

(3) La cour suprême n'a point ainsi interprété cette loi ; mais les cours d'appel ont rendu un assez grand nombre d'arrêts dans le sens de ce système de la *refente*, surtout avant que la cour régulatrice eût fortement établi sa jurisprudence sur ce

à une subdivision entre les branches qui sont à des degrés inégaux par rapport au défunt, ce qui serait une sorte de représentation établie au profit des enfants des parents prédécédés, pour les faire monter au degré de leurs pères ou mères. Il n'y a pas même lieu non plus de prétendre que cette subdivision doit se faire entre des branches diverses qui sont à des degrés égaux, et ayant l'une plus de successibles que l'autre ; ni enfin à faire aucune distinction entre le côté paternel et le côté maternel de la même ligne, c'est-à-dire entre les parents paternels et les parents maternels du père du défunt, et les parents maternels et les parents paternels de sa mère ; on doit uniquement, au contraire, s'attacher à cette double règle :

1° Le plus proche ou les plus proches dans chaque ligne excluent les plus éloignés, même d'une autre branche de la même ligne ;

2° Entre héritiers de même degré, dans la même ligne, le partage se fait par tête, quoiqu'ils fussent de branches différentes, et plus nombreux dans une branche que dans l'autre ; le tout, sauf les cas où la représentation est admise, comme nous l'expliquerons bientôt.

151. Puisque la loi défère d'abord la succession aux parents, qu'elle établit des ordres parmi ces parents pour régler la dévolution des biens, et enfin qu'elle se détermine généralement en faveur des parents du défunt les plus proches, il importe donc de voir comment se compose la famille : c'est ce que nous allons faire dans le paragraphe suivant.

§ II.

Des lignes, des degrés de parenté, et de la composition de la famille.

152. Nous avons déjà souvent parlé des *lignes* (1) paternelle et maternelle, indiquant par là tous les parents aux degrés successibles, qui tenaient au défunt par son père ou par sa mère, soit que ceux qui lui tenaient par son père fussent parents maternels ou paternels de celui-ci, soit que ceux qui lui tenaient par sa mère fussent parents paternels ou maternels de celle-là ; ne faisant non plus aucune distinction à raison des degrés de parenté, et pas davantage à raison des sexes.

153. Mais cette division de la famille d'une personne n'a pas été jugée suffisante pour régler la dévolution de ses biens ; aussi la loi en fait-elle deux autres :

L'une est en ligne *directe*, par opposition à la ligne *collatérale ;*

L'autre est en ligne *ascendante*, par opposition à la ligne *descendante*.

Ces deux dernières divisions de la famille ont pour objet d'établir la nature et la proximité de la parenté entre le défunt et ceux que la loi appelle à lui succéder, afin de régler la préférence.

D'abord la proximité de parenté s'établit par le nombre de générations ; chaque génération forme un degré. (Art. 735) (2).

Par conséquent, autant de générations autant de degrés.

La suite des degrés forme la ligne.

154. On appelle ligne directe la suite ou la série des degrés entre personnes qui descendent l'une de l'autre ;

Et ligne collatérale, la suite des degrés entre personnes qui ne descendent pas les unes des autres, mais qui descendent d'un auteur commun. (Art. 736) (3).

155. On distingue la ligne directe, en ligne descendante et en ligne ascendante.

La première est celle qui lie le chef avec ceux qui descendent de lui (4) ; la deuxième est celle

point. Nous nous dispenserons de citer ces diverses décisions, puisque la question est formellement tranchée par le Code. Mais l'on suivait ce système de la *refente* dans beaucoup de nos anciennes coutumes ; il était inconnu dans le droit romain.

(1) Que le Code appelle tantôt ainsi (art. 409, 733, 734, 735), et tantôt *côtés* paternel et maternel (art. 407 et 752), expression plus exacte quand elle s'applique à des collatéraux, mais qui cependant parfois n'aurait pas un sens assez étendu, parce que dans la ligne paternelle d'une personne, il y a le côté maternel et le côté paternel de son père, comme dans la ligne maternelle, il y a le côté paternel et le côté maternel de sa mère.

(2) Code de Hollande, art. 345.

(3) Ibid., art. 346 et 347.

(4) Cette définition du Code n'apprend pas grand'chose, parce que la ligne est *ascendante* aussi, si l'on considère ceux qui descendent du chef, avec lequel ils sont pareillement *liés*, dans leur rapport avec ce dernier, puisqu'il y a corrélation. Le mot *chef* n'exprime pas d'ailleurs nettement l'idée de la ligne descendante, mais bien plutôt celle de la ligne ascendante.

qui lie une personne avec ceux dont elle descend. (Art. 736.)

En d'autres termes, la ligne est descendante ou ascendante suivant le rapport sous lequel on considère les personnes de cette série dans les droits ou dans les devoirs que la loi attribue ou impose aux unes à l'égard des autres, ou même sous tout autre point de vue. Ainsi, un bisaïeul, un aïeul, un père, sont des ascendants respectivement au fils, au petit-fils et à l'arrière-petit-fils; comme ceux-ci sont des descendants par rapport aux premiers; en sorte que le même individu sera tout à la fois considéré comme descendant par rapport à son père, et comme ascendant par rapport à son fils. De là, s'il s'agit de ma succession, ma postérité sera la ligne descendante; s'il s'agit de la succession de mes enfants, je serai considéré comme la ligne ascendante.

156. En ligne directe (considérée absolument), on compte autant de degrés qu'il y a de générations entre les personnes : ainsi le fils est à l'égard du père au premier degré, le petit-fils au second; et réciproquement du père et de l'aïeul à l'égard des fils et petits-fils (art. 737) (1); c'est-à-dire que l'on compte autant de degrés qu'il y a de personnes dans la série, moins toutefois le chef.

157. En ligne collatérale, les degrés se comptent par les générations, depuis l'un des parents jusque et non compris l'auteur commun, et depuis celui-ci jusqu'à l'autre parent (2).

Ainsi, deux frères sont au deuxième degré; l'oncle et le neveu sont au troisième, les cousins germains au quatrième, et ainsi de suite. (Article 738) (3).

158. Jusqu'ici, nous n'avons établi que les lignes et les degrés de parenté; mais il est important aussi de connaître la *qualité* de la parenté elle-même, si l'on peut s'exprimer de la sorte, d'indiquer, en d'autres termes, la composition de la famille. Ce que nous avons déjà dit en expliquant les art. 733 et 734 a donné une idée générale de cet objet; nous nous bornerons donc aux observations les plus usuelles et les plus faciles à saisir (4).

D'abord il est clair que mes parents paternels sont ceux qui me tiennent du côté de mon père, que mes parents maternels sont ceux qui me tiennent du côté de ma mère.

Cette distinction établit donc les lignes paternelle et maternelle, lignes qui sont autres que la ligne directe et la ligne collatérale, autres aussi que la ligne directe ascendante et la ligne directe descendante.

Et puisque tous ceux qui me tiennent par mon père sont mes parents paternels, comme tous ceux qui me tiennent par ma mère sont mes parents maternels, il n'importe point, ainsi que nous l'avons déjà dit, pour la formation de ces lignes, que les personnes qui sont dans l'une ou l'autre soient elles-mêmes parents paternels ou maternels de mon père, ou parents maternels ou paternels de ma mère. Cette sous-distinction entre les parents paternels et maternels de mon père, entre les parents maternels et paternels de ma mère, est seulement nécessaire pour connaître les côtés dans chaque ligne, mais nullement pour connaître les lignes elles-mêmes. Ces lignes ont leur point de départ dans la personne de mon père, dans la personne de ma mère. Ainsi, la mère de mon père, le père et la mère de la mère de mon père, et ainsi de suite, sont mes parents paternels, quoiqu'ils ne soient que ses parents maternels. Le père de ma mère, le père et la mère du père de ma mère, sont mes parents maternels, quoiqu'ils soient ses parents paternels.

(1) Code de Hollande, art. 348.

(2) En droit canonique, la supputation ne se fait pas de la même manière : l'on part bien du parent le plus *éloigné* de l'auteur commun, et jusqu'à lui, sans le compter, mais on ne redescend pas à l'autre parent. Ainsi deux frères ne sont qu'au premier degré; un oncle et un neveu ne sont qu'au second; un grand-oncle et le petit-neveu au troisième; deux cousins germains ne sont qu'au deuxième : un cousin germain et l'enfant d'un autre cousin germain ne sont qu'au troisième, etc. Tandis qu'en droit civil, ces derniers sont au cinquième degré; les précédents au quatrième; le grand-oncle et le petit-neveu aussi au quatrième; l'oncle et le neveu au troisième; deux frères au second.

(3) Code de Hollande, art. 349.

(4) Nous nous dispenserons de faire des *tableaux* généalogiques, comme on en voit dans plusieurs ouvrages sur *les Successions;* ainsi que nous l'avons dit en commençant l'explication de cette matière, nous renvoyons à cet égard au *Répertoire* de M. Favard, où ils sont très-multipliés et bien faits.

159. Et pour l'application de la première disposition de l'art. 733, qui veut que toute succession échue à des ascendants où à des collatéraux se divise en deux parts égales, moitié pour les parents paternels, moitié pour les parents maternels, il n'y a, comme nous l'avons fait observer, aucune distinction à faire entre les divers éléments dont se compose chaque ligne. Il n'y en a pas davantage à faire pour l'application du principe consacré par l'art. 734, suivant lequel, dans toute succession échue à des ascendants ou à des collatéraux (1), une fois la grande division par lignes opérée, il ne doit plus se faire de subdivisions, mais le plus proche dans chaque ligne (2) exclut le plus éloigné; et, s'ils sont plusieurs au même degré, appartenant aux mêmes côtés ou à des côtés divers, paternel ou maternel, n'importe, ils sont admis à concourir et à partager par tête.

160. Tout cela est applicable en ligne collatérale comme en ligne directe ascendante, en ce sens que tous les descendants de mon père et des ascendants quelconques de mon père sont mes parents paternels, ainsi que tous les descendants de ma mère et des ascendants de ma mère, quels qu'ils soient, sont mes parents maternels. Ainsi, la sœur utérine de mon père, et les descendants de cette sœur, sont mes parents paternels, quoiqu'ils ne soient que les parents maternels de mon père. Le frère consanguin de ma mère, et tous les descendants de ce frère, sont mes parents maternels, quoiqu'ils ne soient que les parents paternels de ma mère.

161. Mais, en sens inverse, je suis le parent maternel de la sœur utérine de mon père et des ascendants et descendants de cette sœur, parce que c'est sa mère qui me rattache à eux. Et je suis parent paternel du frère consanguin de ma mère et de tous les ascendants et descendants de ce frère, parce que la personne qui me rattache à eux, c'est le père de ma mère, qui est aussi celui de ce frère consanguin.

162. Ainsi, et pour plus de simplicité encore, le fils de la sœur utérine, consanguine ou germaine, n'importe (3), de mon père, est mon parent paternel, puisque c'est mon père qui forme le lien qui le rattache à moi, tandis que je suis son cousin maternel, parce que c'est sa mère qui me rattache à lui. *Vice versa*, le fils du frère consanguin, utérin ou germain de ma mère, est mon cousin maternel, puisque c'est ma mère qui forme le lien qui m'unit à lui, au lieu que je suis son parent paternel, parce que c'est son père qui me rattache à lui. La qualité de la parenté varie donc en raison de ce qu'on la considère dans telle personne, au lieu de la considérer dans telle autre (4).

163. Mais, relativement à la dévolution des successions, on ne doit point considérer si celui qui se présente à une hérédité, pour y prendre part dans l'une ou l'autre ligne, était, du chef de son père ou de sa mère, parent de la personne décédée, mais bien s'il était son parent du côté du père ou de la mère de cette personne : car c'est le défunt qui appelle ses parents à sa succession ; et ses parents paternels, comme on l'a dit, sont ceux qui lui tenaient par son père, ses parents maternels ceux qui lui étaient unis par sa mère. De là, l'enfant de la sœur utérine, consanguine ou germaine de mon père, sera appelé à ma succession dans la ligne paternelle, quoique je ne fusse que son cousin maternel, en considérant sa mère comme le lien qui nous unissait, tandis que je serais appelé à son hérédité dans la ligne maternelle ; et le fils du frère consanguin, utérin ou germain de ma mère, sera appelé à ma succession dans la ligne maternelle, bien que je

(1) Car il se réfère à l'article précédent.

(2) Et non dans chaque branche, ce qui serait le système de la *refente*.

(3) Seulement, il y a cette différence que, si ma tante est sœur germaine de mon père, je lui suis uni par le double lien, comme fils de celui qui lui est parent du côté paternel et maternel tout à la fois. Mais ce double lien ne fait pas toutefois qu'elle est ma parente maternelle, car elle ne me tient en aucune manière par ma mère ; elle ne me tient, du côté des femmes, que par mon aïeule paternelle ; mais cette aïeule ne fait pas ma ligne maternelle, c'est ma mère qui est la source immédiate de cette ligne.

(4) On sent qu'il n'en est pas ainsi à l'égard des enfants de deux frères ou de deux sœurs ; les enfants de deux frères sont réciproquement parents paternels ; et les enfants de deux sœurs sont réciproquement parents maternels, que ces deux frères soient simplement consanguins ou utérins, ou qu'ils soient germains, ou que ces deux sœurs soient simplement utérines ou consanguines, ou qu'elles soient germaines, n'importe ; la parenté réciproque entre leurs enfants sera la même qu'entre eux respectivement, abstraction faite des autres parentés que formeront les générations successives.

fusse son parent paternel, en considérant son père comme le lien qui me rattachait à lui; au lieu que je serais appelé à la sienne dans la ligne paternelle. Mais c'est qu'on ne doit point, pour déterminer la qualité de la parenté, et classer chaque héritier dans la ligne à laquelle il appartient, envisager cette parenté dans le père ou la mère de l'héritier, mais bien uniquement dans le père ou la mère du défunt. Si elle est la même, envisagée sous l'un et l'autre point de vue, comme dans le cas d'enfants de deux frères ou de deux sœurs, alors il ne peut y avoir aucune méprise, et la distinction, si importante dans les autres cas, devient indifférente dans celui-ci; car il est bien évident que les enfants de deux frères ne peuvent se présenter réciproquement à la succession les uns des autres que dans la ligne paternelle, comme ceux de deux sœurs ne peuvent réciproquement se présenter que dans la ligne maternelle.

164. Nous disons que la distinction est importante; et, en effet, puisque toute succession échue à des ascendants ou à des collatéraux se divise en deux parts égales, que les plus proches dans chaque *ligne* prennent la part qui leur est affectée (sauf le cas de la représentation), et que ceux qui sont au même degré succèdent par tête, on sent qu'il peut être beaucoup plus avantageux à telle personne de se présenter plutôt dans une ligne que dans l'autre, puisqu'elle pourrait être écartée dans celle-ci, ou du moins avoir de nombreux concurrents, quand elle primerait dans la première, ou aurait un bien moins grand nombre de cohéritiers.

165. Quant aux descendants, il est clair, quel que soit leur degré, qu'ils sont tout à la fois parents paternels et maternels de la personne dont ils descendent, et réciproquement; car, puisqu'ils procèdent d'elle, il est évident qu'ils lui sont parents du côté de son père et du côté de sa mère; en d'autres termes, ce sont ces derniers qui sont la source de cette parenté.

166. Au contraire, les ascendants d'un défunt ne sont ses parents que dans une seule ligne, parce qu'ils ne lui tiennent que du côté de son père ou du côté de sa mère, sauf le cas où des parents qui sont de diverses branches, mais issues d'une *souche commune*, se seraient unis par mariage : alors plusieurs (1) des ascendants de l'un et de l'autre côté se trouveraient parents, dans les deux lignes, des descendants issus de ce mariage.

167. Outre les descendants d'une personne, que l'on peut regarder comme ses parents paternels et maternels, il y a aussi des parents collatéraux qui sont unis par la double parenté avec le défunt.

Ce sont : 1° les enfants issus du même père et de la même mère que ce défunt, c'est-à-dire ses frères et sœurs germains;

2° Tous les descendants de ces frères et sœurs, qu'ils soient nés du même père et de mères différentes, ou de la même mère et de pères différents, ou du même père et de la même mère, n'importe (2); sans préjudice, bien entendu, des parentés nouvelles qui se formeront successivement avec d'autres personnes par les divers mariages de ces descendants. Mais nous ne considérons ici que celle qui les unit avec *le défunt*, leur oncle, grand-oncle, ou arrière-grand-oncle. Or la circonstance que ces descendants ne seraient pas nés du même père ou de la même mère est indifférente sous ce rapport, parce que c'est toujours le père et la mère du défunt, dont ils sont médiatement issus, qui les rattachent à lui, et qui les y rattachent doublement; de manière qu'ils peuvent être appelés à la succession de ce père ou de cette mère, et des ascendants de l'un et de l'autre, dans chacune des deux lignes, puisque ce sont leurs ascendants. D'ailleurs, s'il n'en était ainsi, il faudrait dire aussi que les enfants d'un frère germain du défunt, et qui sont nés de la même mère, ne sont point parents paternels et maternels tout à la fois de leur oncle, parce que leurs parents maternels sont leur mère

(1) Nous disons *plusieurs*, parce que tous les ascendants, de l'un ou de l'autre côté, ne seraient point pour cela parents, dans les deux lignes, des descendants de ce mariage; il y en aurait qui ne seraient parents que dans une ligne, et simplement *alliés* dans l'autre. *Voyez*, au surplus, sur ce cas, le sixième tableau généalogique présenté par M. Chabot sur l'art. 733.

(2) Que l'on remarque bien que nous ne disons pas que les descendants des frères ou sœurs germains sont parents *entre eux* dans la ligne paternelle et dans la ligne maternelle; ce serait une erreur : ils ne sont parents que dans une ligne seulement, quoiqu'ils descendent les uns et les autres de personnes qui étaient *entre elles* parentes dans l'une et l'autre ligne.

et les parents de celle-ci ; ce qui n'est pas assurément, en ne considérant que leur parenté avec leur oncle, *le défunt*.

Ainsi, le neveu est parent paternel et parent maternel de son oncle, si cet oncle était frère germain du père ou de la mère du neveu.

168. Mais les oncles et les tantes du défunt ne sont pas ses parents dans *les deux lignes*, quoique le défunt descende d'un frère germain ou d'une sœur germaine de l'oncle ou de la tante ; et il en est de même des grands-oncles ou grand'tantes, à l'égard des petits-neveux ou petites-nièces. Car un oncle paternel, par exemple, n'est parent de son neveu que par le père ou la mère de ce dernier, au lieu que le neveu est parent paternel et parent maternel de l'oncle, comme on vient de le dire, parce que c'est tout à la fois par le père et par la mère de cet oncle qu'il se rattache à lui, toujours pourvu que l'oncle fût frère germain du père ou de la mère du neveu.

169. Que si, au contraire, les frères ou sœurs n'étaient unis que d'un seul côté, soit paternel, soit maternel, ils ne seraient eux-mêmes parents entre eux que de ce côté.

Ainsi, les frères et sœurs consanguins du défunt, et tous les descendants de ces frères ou sœurs, ne sont parents du défunt que dans la ligne paternelle, parce qu'ils ne lui sont parents que du côté de son père ; et les frères et sœurs utérins du défunt, et tous les descendants de ces frères ou sœurs, ne sont parents du défunt que dans la ligne maternelle de celui-ci, parce qu'ils ne lui sont parents que du côté de sa mère.

170. Mais l'oncle et la tante ne sont même pas toujours parents *paternels* du neveu ou de la nièce, quoique le neveu ou la nièce descende d'un frère consanguin ou d'une sœur consanguine de l'oncle ou de la tante ; et *vice versa*, l'oncle et la tante ne sont pas toujours parents *maternels* du neveu ou de la nièce, quoique le neveu ou la nièce descende d'un frère utérin ou d'une sœur utérine de l'oncle ou de la tante.

Et, dans les deux cas, il en est de même des grands-oncles ou grand'tantes à l'égard des petits-neveux ou petites-nièces.

Ainsi, je ne suis qu'un parent maternel du fils de ma sœur consanguine, parce que je ne lui tiens que par sa mère, et nullement par son père ; et dans sa succession, je serais classé dans la ligne maternelle : mais il est mon parent paternel, parce qu'il me tient par mon père, son aïeul, et nullement par sa mère ; et dans ma succession, il serait classé dans la ligne paternelle.

En sens inverse, Antoinette, sœur utérine de Paul, n'est qu'un parent paternel de Jean, fils de Paul, quoiqu'elle soit simplement sœur utérine de ce dernier. Elle n'est pas parente de Jean du côté de la mère de celui-ci, mais seulement du côté de Paul, son père, et frère de cette sœur ; et dans la succession de son neveu, Antoinette serait classée dans la ligne paternelle. Tandis que Jean est un parent maternel d'Antoinette, parce que c'est la mère de celle-ci, et non son père, qui les rattache l'un à l'autre par le moyen de Paul, frère utérin de l'une, et père de l'autre ; et dans la succession d'Antoinette, Jean serait classé dans la ligne maternelle.

171. Enfin, les descendants des frères ou sœurs consanguins ne sont pas toujours, *entre eux*, parents *paternels* ; et les descendants des frères ou sœurs utérins ne sont pas toujours, *entre eux*, parents *maternels*.

Paul et Charlotte étaient frère et sœur consanguins ; Paul a eu de son mariage avec Catherine, Élisabeth ; et Charlotte a eu de son mariage avec Jules, Stanislas.

Si Stanislas est appelé à la succession d'Élisabeth, il y sera bien classé dans la ligne paternelle, parce qu'il est parent d'Élisabeth dans cette ligne, car c'est Paul son oncle, et non Catherine, mère d'Élisabeth, qui le rattachait à cette dernière. Mais si c'est Élisabeth qui est appelée à la succession de Stanislas, elle sera classée dans la ligne maternelle, parce qu'elle était sa parente dans cette ligne, attendu que c'est Charlotte, sa tante, et non Jules, père de Stanislas, qui la rattachait à ce dernier.

Supposons maintenant que Paul et Charlotte étaient frère et sœur utérins, en laissant subsister l'espèce pour le surplus.

Élisabeth, appelée à la succession de Stanislas, y sera bien classée dans la ligne maternelle, parce qu'elle était parente de Stanislas dans cette ligne, attendu qu'elle lui tenait par Charlotte,

sa tante et mère de Stanislas, au moyen de Paul, oncle de celui-ci et père de ladite Élisabeth. Mais si c'est Stanislas qui est appelé à la succession d'Élisabeth, il y sera classé dans la ligne paternelle, comme son parent paternel, vu qu'il se rattachait à celle-ci par Paul, père d'Élisabeth, au moyen de Charlotte, sa mère et sœur dudit Paul.

172. De tous les exemples donnés ci-dessus, et que l'on peut appliquer à tous les collatéraux, soit à des degrés égaux, soit à des degrés supérieurs ou inférieurs, il résulte que tous les parents collatéraux du défunt, autres néanmoins que ses frères ou sœurs germains, et les descendants de ces frères ou sœurs, ne sont parents du défunt que dans une seule ligne, ainsi que l'observe très-bien M. Chabot; qu'il n'y a d'exception à cette règle que lorsque, par suite d'alliance entre deux familles, il s'est établi entre des individus de ces familles, hors les cas précédemment énoncés, une double parenté dans la ligne paternelle et dans la ligne maternelle, comme cet auteur en donne plusieurs exemples dans les tableaux généalogiques, n°s 8 et 9, qu'il a publiés sous l'art. 733 du Code.

Mais nous terminerons ici ce qui concerne la formation des familles; on n'en finirait pas s'il fallait donner des exemples de tous les cas qui peuvent se présenter, et ceux que nous avons offerts doivent suffire pour résoudre les doutes et les difficultés qui s'offraient sur ce sujet.

SECTION II.

DE LA REPRÉSENTATION.

SOMMAIRE.

173. *La représentation est une fiction de la loi dont l'effet est de faire monter une personne au degré d'une autre, qui est prédécédée, et de lui donner les droits que celle-ci aurait pu avoir.*
174. *Motifs de la loi en établissant la représentation.*
175. *Elle a lieu à l'infini dans la ligne descendante.*
176. *Application du principe.*
177. *Il n'y a aucune distinction à faire entre les enfants des frères ou sœurs consanguins ou utérins, et ceux des germains.*
178. *La représentation n'a pas lieu en faveur des ascendants : exemples.*
179. *Mais toute succession échue à des ascendants se partageant en deux parts égales, les ascendants les plus proches dans une ligne n'ont pas moins une part, quoiqu'ils soient à un degré plus éloigné que ceux qui existent dans l'autre ligne.*
180. *En ligne collatérale, la représentation a lieu aussi en faveur des enfants et descendants des frères et sœurs du défunt, et aussi à l'infini.*
181. *On ne représente pas les personnes vivantes, mais seulement celles qui sont mortes naturellement ou civilement : par conséquent, on ne représente pas celui qui a renoncé.*
182. *Mais on représente très-bien celui à la succession duquel on a renoncé.*
183. *Quand la représentation a lieu, le partage s'opère par souche.*
184. *Si une même souche a produit plusieurs branches, le partage se fait aussi par souche dans chaque branche : exemple.*

173. « La représentation, dit l'article 739 (1), « est une fiction de la loi, dont l'effet est de faire « entrer les représentants dans la place, dans le « degré et *dans les droits* du représenté ; » c'est-à-dire dans les droits qu'il aurait eus s'il fût venu lui-même à la succession dans laquelle on veut le représenter ; car il n'avait encore aucun droit au moment de sa mort, puisque l'hérédité n'était point encore ouverte : il n'avait que des espérances, qui ne se sont pas réalisées. C'est celui qui vient *jure transmissionis* accepter une succession échue à son auteur, cas prévu à l'article 781 (2), qui le représente réellement *dans les droits qu'il avait.* Mais la représentation fait monter le représentant au degré du représenté, lui fait prendre la place qu'il aurait pu occuper s'il eût survécu.

174. La représentation est fondée sur l'affection présumée du défunt pour le représentant, affection qui est censée la même que celle qu'il avait pour le représenté ; parce qu'en effet l'aïeul qui a eu le malheur de perdre son fils le retrouve

(1) Code de Hollande, art. 888.

(2) Code de Hollande, art. 1097.

dans son petit-fils, et concentre sur lui toute la tendresse qu'il avait pour le père de cet enfant ; et celui qui a perdu son frère reporte pareillement tout son attachement sur le fils de ce frère. Cependant il est vrai de dire, d'un autre côté, que la représentation vient de la loi et non de l'homme, car, comme nous le dirons bientôt, on représente aussi celui à la succession duquel on a cru devoir renoncer.

175. La représentation a lieu à l'infini dans la ligne directe descendante (art. 740) (1) ; pourvu toutefois, comme nous l'avons dit plus haut, qu'elle n'ait point été intervertie ou coupée par l'indignité de celui qu'on voudrait représenter : autrement ses descendants ne pourraient, relativement à la succession dont il se serait rendu indigne, remonter jusqu'à lui inclusivement.

176. Elle est admise dans tous les cas, soit que les enfants du défunt concourent avec les descendants d'un enfant prédécédé (à des degrés égaux ou inégaux), soit que tous les enfants du défunt étant morts avant lui, les descendants desdits enfants se trouvent entre eux à des degrés égaux ou inégaux. (Même art. 740.)

177. La loi ne fait, à cet égard, aucune distinction entre les enfants de frères ou sœurs consanguins ou utérins, et ceux des germains ; elle les admet tous à représenter leurs père ou mère prédécédés ; ce qui est démontré d'ailleurs par la combinaison des articles 751 et 752 (2), où l'on voit, dans le premier, qu'elle appelle généralement les enfants de frères ou sœurs à représenter leurs père ou mère prédécédés, conjointement avec les père et mère, frères ou sœurs du défunt ; et, dans le second, qu'elle appelle, pour recueillir la part attribuée aux frères et sœurs par le précédent article, nommément les consanguins et utérins avec les germains, avec cette différence, toutefois, qu'ils ne prennent part que dans leur ligne, tandis que les germains prennent part dans les deux ; enfin, qu'elle leur défère même toute cette part, à l'exclusion de tous autres parents de l'autre ligne, s'il n'y a point de frères ou sœurs germains, ni descendants d'eux.

178. La représentation n'a pas lieu en faveur des ascendants (3) : le plus proche dans chacune des deux lignes exclut toujours le plus éloigné (art. 741) (4) ; et s'ils sont plusieurs au même degré dans la même ligne, ils partagent par tête la part attribuée à cette ligne, comme nous le dirons bientôt avec plus de développements.

Ainsi, l'aïeul du défunt ne peut représenter son fils prédécédé, pour concourir avec un neveu ou un petit-neveu de ce dernier dans la même ligne. S'il le pouvait, il aurait le quart qu'aurait eu, aux termes des art. 749 et 751 (5) combinés, le père du défunt, s'il lui eût survécu ; tandis que, au contraire, il est exclu par le neveu et le petit-neveu, qui, par le bénéfice de la représentation, montent à la place de leur père ou aïeul, frère du défunt, et sont appelés par la loi à l'exclusion de tous ascendants autres que les père et mère. (Art. 746 et 750) (6).

Ainsi encore, le défunt qui ne laisse ni descendants, ni frères ni sœurs, ou descendants d'eux, et ni père ni mère, a, par exemple, dans la ligne paternelle, son aïeul et son bisaïeul, père de l'aïeule prédécédée : ce bisaïeul ne pourra représenter sa fille, à l'effet de concourir avec son gendre, l'aïeul, et de partager avec lui la part attribuée à cette ligne ; cette part appartient à l'ascendant le plus proche, par conséquent à l'aïeul du défunt. On multiplierait facilement les exemples.

179. Mais il ne faut pas perdre de vue que toute succession échue à des ascendants se divise en deux parts égales, moitié pour les parents de la ligne paternelle, moitié pour ceux de la ligne maternelle (art. 733) ; et par conséquent, comme le dit d'ailleurs l'art. 740 lui-même, ce n'est que dans sa ligne que le plus proche ascendant exclut le plus éloigné.

(1) Code de Hollande, art. 889.

(2) Ibid., art. 902 et 904.

(3) La raison qu'on en donne, suivant l'un des orateurs chargés par le gouvernement de présenter le projet de loi à l'adoption du corps législatif, c'est que « la successibilité des descendants est autant naturelle que légitime ; mais celle des ascendants est contre la marche ordinaire des événements : on croit voir remonter un fleuve vers sa source ; il n'y a donc pas de représentation pour ce cas extraordinaire. »

(4) Code de Hollande, art. 890.

(5) Ibid., art. 902.

(6) Ibid., art. 900 et 903.

180. La représentation est admise aussi en ligne collatérale, mais seulement en faveur des enfants et descendants de frères ou sœurs du défunt, soit qu'ils viennent à sa succession concurremment avec des oncles ou tantes, soit que tous les frères ou sœurs du défunt étant prédécédés, la succession se trouve dévolue à leurs descendants à des degrés égaux ou inégaux. (Article 742) (1).

De cette manière, elle a lieu aussi à l'infini.

181. Au reste, on ne représente pas les personnes vivantes (au moment de l'ouverture de la succession), mais seulement celles qui sont mortes naturellement ou civilement (2). (Art. 744) (3).

Car il ne peut plus être question de représenter celui qui a occupé son degré; aussi c'est mal à propos, comme nous avons eu occasion d'en faire la remarque, qu'il est dit dans l'article 787 (4), *qu'on ne vient jamais par représentation d'un héritier qui a renoncé*. Et, en effet, il n'a pu renoncer qu'autant qu'il a survécu au défunt, et seulement depuis l'ouverture de la succession (art. 791) (5) : dès lors il était bien inutile de dire qu'on ne pouvait le représenter. D'ailleurs l'on ne pourrait prendre que la place d'un renonçant, c'est-à-dire d'un individu sans droit, puisque sa part a accru à celle de ses cohéritiers, et, s'il était seul de son degré, qu'elle a été dévolue au degré subséquent. (Art. 785 et 786) (6).

182. Mais on peut très-bien représenter celui à la succession duquel on a renoncé (art. 744), parce que le bénéfice de la représentation vient de la loi, et n'est pas transmis par le représenté, quoique le rapport que devrait celui-ci fût dû aussi par le représentant quand même il aurait renoncé à la succession de ce dernier (art. 848) (7). On a voulu qu'il n'eût pas plus de droits que lui, et qu'il fût tenu des mêmes obligations.

183. Dans tous les cas où la représentation est admise, le partage s'opère par *souche* (art. 743) (8), c'est-à-dire que l'on fait autant de parts qu'il y a d'enfants ou de frères ou sœurs vivants, et d'enfants ou de frères ou sœurs prédécédés, représentés par leurs enfants ou descendants.

184. Si une même souche a produit plusieurs branches, la subdivision se fait aussi par souche dans chaque branche, et les membres de la même branche partagent entre eux par tête. (Art. 743.)

Paul meurt; il a eu trois enfants, Alexandre, Jacques et Jules. Alexandre vit encore; Jacques est mort, et il a laissé François, vivant, et de Charles prédécédé, Sophie et Stanislas, aussi vivants. Jules est également mort, et il a laissé Élisabeth, vivante; de Julie prédécédée, Philippe et Antoine; et de Charlotte, aussi prédécédée, Frédéric, George et Marie.

L'hérédité doit d'abord se diviser en trois parts égales, puisqu'il y avait trois enfants au premier degré, Alexandre, Jacques et Jules : c'est la division par souche.

Alexandre a une de ces parts.

La portion qu'aurait eue Jacques, s'il eût survécu à Paul son père, se subdivise en deux parts égales : l'une pour François, l'autre pour Sophie et Stanislas, enfants de Charles prédécédé, qui se la partageront par tête, ou par égales portions.

La part qu'aurait eue Jules, s'il eût survécu au défunt, se divise en trois portions, puisqu'il a eu trois enfants, Élisabeth, Julie et Charlotte, vivantes, ou prédécédées, mais ayant laissé des descendants : l'une de ces parts appartient à Élisabeth; l'autre à Philippe et Antoine, enfants de Julie prédécédée, qui la partageront aussi par tête; et la troisième à Frédéric, George et Marie, enfants de Charlotte prédécédée, qui partageront pareillement par tête.

En supposant la succession de. . . 36,000 fr	
Alexandre en a.	12,000 fr.
François.	6,000
Sophie et Stanislas chacun 3,000, ci.	6,000
Élisabeth.	4,000
Philippe et Antoine chacun 2,000, ci	4,000
Frédéric, George et Marie, chacun 1,333 fr. 33 c., ci.	4,000
Total. . . .	36,000

(1) Code de Hollande, art. 891 et 892.

(2) Pourvu toutefois que ce mort civilement ne se fût pas rendu indigne de succéder au défunt, car autrement il ne pourrait être représenté dans la succession de celui-ci. (Art. 730.)

(3) Code de Hollande. art. 894 et 895.

(4) Code de Hollande, art. 1106.

(5) Ibid., art. 1109.

(6) Ibid., art. 1104 et 1105.

(7) Ibid., art. 1135, §§ 2 et 3.

(8) Ibid., art. 893.

SECTION III.

DES SUCCESSIONS DÉFÉRÉES AUX DESCENDANTS.

SOMMAIRE.

185. *La loi défère la succesion, en première ligne, aux descendants.*
186. *Elle ne fait aucune distinction à raison des sexes ou de la primogéniture.*
187. *Quel que soit le degré où se trouvent des descendants du défunt, qui ne peuvent invoquer la représentation, soit à cause d'indignité, soit à cause de la renonciation de ceux qui les précèdent, ils excluent les ascendants.*
188. *Il n'y a aucune distinction à faire entre les enfants légitimés et ceux qui sont nés du mariage.*
189. *Il n'y en a non plus aucune à faire au sujet des enfants adoptifs et de leurs descendants, relativement à la succession de l'adoptant.*
190. *Les enfants au premier degré succèdent par tête; ceux d'enfants prédécédés, par représentation.*

185. Il a été dit plus haut, sur l'article 731, que les successions sont déférées aux descendants, aux ascendants et aux collatéraux. Arrivant à l'application de ce principe, nous allons expliquer l'ordre dans lequel le Code appelle ces diverses sortes de parents.

En première ligne, il place les descendants, et il suit en cela tellement le vœu de la nature, et l'intérêt de la société elle-même, que l'on ne concevrait pas qu'il en pût être autrement.

186. Ainsi, les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père et mère, aïeuls, aïeules, ou autres ascendants, sans distinction de sexe ni de primogéniture (1), et encore qu'ils soient issus de différents mariages. (Art. 745) (2).

187. Il suffit, pour qu'ils soient appelés à succéder, et pour qu'ils excluent tous autres parents quelconques, qu'ils soient capables et non indignes. La faveur de leur origine, quel que soit le degré dans lequel ils seraient forcés de rester, parce que la représentation aurait été coupée par un indigne ou par un renonçant, leur donne la préférence sur tout ascendant quelconque, et à plus forte raison sur tout collatéral; car ce n'est pas par la proximité du degré de parenté qu'ils sont appelés, c'est par l'avantage et la priorité de leur ordre sur les deux autres.

188. Et il n'y a, à cet égard, aucune distinction à faire entre les enfants légitimes, c'est-à-dire qui ont été conçus pendant le mariage de leurs père et mère, et ceux qui ont été légitimés: ces derniers jouissent des mêmes droits que s'ils étaient nés du mariage qui les a légitimés (3). (Art. 333) (4).

189. Il n'y en a pas davantage à faire relativement aux enfants adoptifs: ils succèdent aussi à l'adoptant comme les enfants qu'aurait eus celui-ci depuis l'adoption (art. 350) (5); mais ils n'acquièrent aucun droit de successibilité sur les biens de ses parents (*ibid.*), même dans la succession de ses ascendants, et par représentation de cet adoptant (6). Toutefois, les descendants de l'adopté peuvent le représenter dans la succession de l'adoptant (7), parce que celui-ci a voulu se donner une descendance légitime par l'adoption, et n'a pas seulement entendu en borner les effets à l'adopté.

190. Les enfants succèdent par tête et par égales portions, parce qu'ils sont au premier degré; s'il y a des descendants d'enfants prédécédés, le partage se fait par souche, lorsqu'ils viennent tous ou en partie par représentation (art. 745) (8), comme il a été dit *supra*.

SECTION IV.

DES SUCCESSIONS DÉFÉRÉES AUX ASCENDANTS.

SOMMAIRE.

191. *Le second ordre d'héritiers est celui des ascendants, sauf le cas de frères ou sœurs, ou*

(1) Sauf ce qui concerne les biens formant un majorat.
(2) Code de Hollande, art. 900.
(3) *Voyez* ce que nous avons dit sur la légitimation des enfants naturels, tome III, nos 182 et suiv.
(4) Code de Hollande, art. 332
(5) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.
(6) *Voyez* tome III, au titre de *l'Adoption*, no 313.
(7) *Voyez* ibid., no 314.
(8) Code de Hollande, art. 899.

descendants d'eux, dans lequel il y a tantôt concours, tantôt exclusion des ascendants.

§ Ier.

De la succession ordinaire déférée aux ascendants.

192. *Comment se divise la succession quand le défunt ne laisse ni descendants, ni frères ou sœurs, ni descendants d'eux, et qu'il y a des ascendants dans les deux lignes;*
193. *Ou, dans la même hypothèse, lorsqu'il n'y a d'ascendants que dans une ligne, et des collatéraux dans l'autre;*
194. *Comment elle se divise quand le défunt laisse ses père et mère, et des frères ou sœurs, ou descendants d'eux;*
195. *Ou, dans le même cas, lorsque le père ou la mère seulement a survécu.*

§ II.

De la succession déférée aux ascendants donateurs.

196. *Texte de l'article 747, qui accorde aux ascendants donateurs le droit de succéder, à l'exclusion de tous autres, aux choses par eux données à leurs descendants décédés sans postérité, pourvu qu'elles se retrouvent en nature de la succession, ou, si elles ont été aliénées, au prix, s'il est encore dû.*
197. *Le principe de cette disposition est puisé dans le droit romain.*
198. *Il était suivi dans l'ancien droit français, mais dans les pays coutumiers, avec des effets bien différents de ceux des pays de droit écrit.*
199. *Dans le droit romain, il ne s'appliquait qu'aux choses données à titre de dot; il a été étendu, dans le droit français, à toute donation faite par un ascendant.*
200. *Il ne s'applique qu'aux choses données par donation entre-vifs, qu'aux choses données comme biens présents.*
201. *Mais il s'applique aujourd'hui aux donations de choses mobilières comme à celles d'immeubles, à la différence de l'ancien droit coutumier.*
202. *L'ascendant ne reprend pas les biens par droit de retour, ni par l'effet d'une révocation, ou d'une caducité, mais uniquement par droit de succession.*
203. *On appelle néanmoins quelquefois ce droit* droit de réversion; *mais sous le Code, comme dans les principes de notre ancien droit coutumier, c'est un droit de succession.*
204. *L'aïeul donateur succède aux choses par lui données, de préférence à son fils, père du donataire; et ce fils, dans le cas où l'aïeul serait prédécédé, n'aurait pas de son chef le droit de reprise.*
205. *Mais si l'ascendant donateur a survécu au donataire, ses représentants quelconques exercent le droit qu'il a recueilli.*
206. *L'ascendant donateur doit réunir en sa personne les qualités requises pour succéder.*
207. *La reprise a lieu lorsque le donataire meurt civilement sans postérité, comme lorsqu'il meurt naturellement.*
208. *L'ascendant donateur ne profite pas, à ce titre de donateur, et par droit d'accroissement, de la renonciation faite par un héritier de sa ligne à la succession ordinaire.*
209. *L'ascendant donateur, comme successeur, doit supporter sa part dans les dettes, mais c'est seulement* pro modo emolumenti.
210. *S'il est en même temps appelé à la succession ordinaire, il peut renoncer à la succession spéciale, et s'en tenir à la première, ou cumuler; et alors il est tenu, à l'égard de la succession ordinaire, des dettes* pro parte hereditaria, *et même* ultra vires, *s'il n'accepte bénéficiairement.*
211. *Comment les créanciers peuvent-ils poursuivre le payement de leurs créances relativement à la portion de dettes dont est tenu l'ascendant comme donateur?*
212. *Suite.*
213. *Du cas où la dette est hypothécaire.*
214. *L'ascendant qui, par l'effet de l'hypothèque, a payé au delà de ce qu'il doit supporter dans la dette, a son recours contre les héritiers ordinaires, mais il n'en a pas à raison des servitudes, droits d'usufruit ou d'usage que le donataire aurait établis sur les biens donnés.*
215. *Le droit de succession attribué à l'ascendant donateur est soumis, envers le fisc, au droit proportionnel de mutation par décès.*
216. *Ce droit s'évanouit lorsque le donataire laisse des descendants, quand bien même ces descendants mourraient eux-mêmes sans postérité avant l'ascendant donateur.*
217. *Il n'aurait pas lieu non plus si le donataire laissait un descendant, quoique ce dernier fût issu d'un autre mariage que celui en faveur duquel la donation a été faite.*

218. *Mais l'existence d'un enfant ou descendant incapable ou indigne de recueillir la succession du donataire, n'empêche pas la réversion.*

219. *Si l'enfant laissé par le donataire est un enfant naturel, il empêche la réversion dans la proportion du droit que la loi attribue aux enfants naturels sur les biens de leur père.*

220. *L'enfant adoptif du donataire empêche la réversion comme l'enfant né en mariage.*

221. *Le père naturel qui a donné à son fils décédé sans postérité, a également le droit de réversion.*

222. *Ce droit ne compète pas à celui qui a donné à l'enfant naturel de son fils, même légitime.*

223. *Le droit de l'ascendant donateur ne s'exerce pas sur les choses dont le donataire a disposé.*

224. *Les choses sont censées aliénées par cela seul que le donataire les avait promises purement et simplement, quoiqu'il ne les eût pas encore livrées; et s'il les a aliénées sous condition suspensive, non encore accomplie lors de son décès, l'ascendant les reprend, mais sous l'obligation de les rendre au tiers si la condition s'accomplit.*

225. *Comment se règle la réversion quand le donataire a donné, comme biens présents, tous ses immeubles généralement, ou tous ses meubles, ou une partie aliquote des uns ou des autres, ou de tous indistinctement;*

226. *Ou qu'il les a donnés par contrat de mariage, et comme biens qu'il laissera à son décès.*

227. *La disposition que le donataire a faite, même par testament, des biens à lui donnés par son ascendant, empêche aussi la réversion.*

228. *L'ascendant à qui il est dû une réserve est censé en trouver l'objet dans les biens qu'il reprend comme donateur, s'ils sont suffisants; en cas d'insuffisance, il n'a l'action en réduction que pour le surplus.*

229. *S'il est dû une réserve à d'autres ascendants, le donateur est-il obligé de la fournir sur les biens qu'il a donnés, dans la supposition que les autres biens dont il n'a pas été disposé seraient insuffisants pour la fournir? Et comment se calcule la réserve de ces autres ascendants?*

230. *Deux autres questions controversées.*

231. *La première : Si l'ascendant a droit aux biens par lui donnés, lorsque le donataire les ayant aliénés, ces biens se retrouvent dans sa succession parce qu'il les a acquis de nouveau.*

232. *Suite de la même question.*

233. *La deuxième : Le donateur reprend-il les biens reçus par le donataire en contre-échange de ceux qui lui avaient été donnés par son ascendant?*

234. *Diverses autres questions plus ou moins analogues.*

235. *Discussion de ces mêmes questions.*

236. *Suite.*

237. *Suite.*

238. *Suite.*

239. *Suite.*

240. *Suite.*

241. *L'ascendant donateur succède aussi à l'action en reprise que pouvait avoir le donataire;*

242. *Application du principe à l'action en reprise de la dot donnée par l'ascendant.*

243. *A l'action en réméré, rescision ou autre, qu'avait le donataire.*

244. *Charges sous lesquelles le donateur exerce ces actions en reprise.*

245. *Il n'a aucune indemnité à réclamer des héritiers pour les dégradations causées par le donataire aux biens donnés;*

246. *Et il leur devrait récompense ou rapport pour les améliorations considérables qui auraient été faites.*

191. Le second ordre de succession est en faveur des ascendants, mais sous l'importante exception établie à l'art. 750 (1), comme nous l'expliquerons à la section suivante.

Dans cet ordre de succession, il s'en trouve comprise une spéciale, qui a pour objet des choses particulières, et qui est régie tout à la fois par les règles générales, mais aussi par des règles qui lui sont propres. Pour bien distinguer ces deux espèces d'hérédité, nous traiterons de chacune d'elles dans un paragraphe particulier.

§ 1er.

De la succession ordinaire déférée aux ascendants.

192. Suivant l'art. 746 (2), si le défunt n'a laissé ni postérité, ni frères ni sœurs, ni descendants d'eux, la succession se divise par moitié

(1) Code de Hollande, art. 903.

(2) Code de Hollande, art. 900.

entre les ascendants de la ligne paternelle, et les ascendants de la ligne maternelle.

L'ascendant qui se trouve au degré le plus proche recueille la moitié affectée à sa ligne.

Les ascendants du même degré succèdent par tête.

193. S'il n'y a d'ascendants que d'un seul côté, alors le partage se fait par moitié entre ces ascendants et les collatéraux de l'autre ligne (art. 733 et 753); à moins que ces collatéraux ne soient des frères ou sœurs du défunt, ou des descendants d'eux, lesquels excluraient, d'après l'art. 750 précité, tous ascendants d'un degré supérieur à celui des père et mère, quand bien même, ainsi que nous le démontrerons à la section suivante, ces frères, sœurs, ou leurs descendants, n'auraient tenu au défunt que d'un seul côté, même autre que celui d'où seraient ces mêmes ascendants.

194. Et lorsque les père et mère d'une personne morte sans postérité lui ont survécu, si elle a laissé des frères ou sœurs, ou des descendants d'eux, la succession se divise en deux portions égales, dont moitié est déférée au père et à la mère, qui la partagent également entre eux; et l'autre moitié appartient aux frères et sœurs, ou à leurs descendants, qui la partagent ainsi qu'il sera expliqué à la section suivante. (Art. 748) (1).

195. Et dans le cas où la personne morte sans postérité laisse des frères, sœurs, ou descendants d'eux, si le père ou la mère est prédécédé (2), la portion qui lui aurait été dévolue, s'il eût survécu, se réunit à la moitié déférée aux frères ou sœurs, ou à leurs représentants (3). (Art. 749) (4).

En sorte qu'un frère ou une sœur, ou même un seul descendant de frère ou sœur, a droit aux trois quarts de l'hérédité si le père ou la mère est prédécédé, ou si l'un d'eux renonce ou est déclaré indigne; et à la moitié si tous deux ont survécu et se portent tous deux héritiers; car la portion de ceux-ci est invariablement fixée au quart pour chacun d'eux. Il n'y a pas lieu entre eux au droit d'accroissement, puisqu'ils ne sont point des héritiers de la même ligne.

Tel est l'ordre de la succession régulière et ordinaire déférée aux ascendants; mais cet ordre se trouve modifié par la disposition de l'art. 747, qui établit une succession particulière en faveur des ascendants donateurs, relativement aux biens par eux donnés à leurs descendants décédés sans postérité : c'est ce que nous allons expliquer dans le paragraphe suivant.

§ II.

De la succession déférée aux ascendants donateurs.

196. Cet art. 747, (5) qui a donné lieu à plusieurs questions très-graves, et dont la rédaction n'est pas assez étendue, assez complète, est ainsi conçu :

« Les ascendants succèdent, à l'exclusion de « tous autres, aux choses par eux données à « leurs enfants ou descendants décédés sans « postérité, lorsque les objets se retrouvent en « nature dans la succession.

« Si les objets ont été aliénés, les ascendants « recueillent le prix qui peut en être dû. Ils suc- « cèdent aussi à l'action en reprise que pouvait « avoir le donataire. »

197. Le principe de cette disposition favorable aux ascendants donateurs est puisé dans la loi 6, ff. *de Jure dotium* (6), où le jurisconsulte Pomponius s'exprime ainsi : *Jure succursum est patri, ut filia amissa, solatii loco cederet* (7), *si*

(1) Code de Hollande, art. 901.

(2) Ou s'il renonce ou est déclaré indigne; car ces circonstances sont, aux yeux de la loi, comme le prédécès.

(3) Et ici le mot *représentants* ne se prend pas dans son acception ordinaire; quand bien même les enfants de frères ne *représenteraient* pas leur père ou mère, par exemple, parce que ceux-ci auraient renoncé (art. 787), ou parce qu'ils seraient indignes (art. 730), ils n'en auraient pas moins les trois quarts de l'hérédité, et le père ou la mère seulement l'autre quart. On ne s'attache ici qu'à la *qualité* des héritiers, et non à la proximité du degré de parenté.

(4) Code de Hollande, art. 902.

(5) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(6) *Voyez* aussi la L. 4, Cod. *Soluto matrim. quemad. dos petatur.*

(7) Littéralement, cela voudrait dire que le père trouverait dans la reprise de la dot un adoucissement au chagrin qu'il a d'avoir perdu sa fille; mais le véritable sens de la pensée du jurisconsulte est qu'il ne faut pas qu'à ce chagrin que le père éprouve, se joigne le désagrément de voir la dot qu'il lui avait donnée passer dans d'autres mains, en perdant, par sa mort, l'action en reprise qu'il aurait eue, conjointement avec elle, si le mariage de celle-ci se fût dissous par toute autre cause. L. 2, § 1, ff. *Soluto matrim. quemad. dos petatur.*

redderetur ei dos ab eo profecta; ne et filiæ amissæ, et pecuniæ damnum sentiret.

198. Il était suivi dans notre ancien droit français, non-seulement dans les pays de droit écrit, mais aussi dans les pays coutumiers, toutefois avec d'assez importantes différences dans les résultats. Dans les premiers, c'était un véritable droit de retour, dont l'effet, par conséquent, était de résoudre les aliénations et les hypothèques consenties par le donataire; tandis que dans les pays coutumiers, c'était une simple succession aux objets donnés, ce qui obligeait l'ascendant donateur, en sa qualité d'héritier, à respecter les actes faits par le donataire. Tel était le sens que l'on attribuait généralement à l'art. 313 de la coutume de Paris, dont les dispositions ont été à peu près reproduites dans l'art. 747 du Code, comme l'observe très-bien M. Delvincourt; ce qui démontre que c'est l'esprit du droit coutumier, et non celui du droit écrit, qui a présidé à la rédaction de cet article.

199. Ce principe n'avait été établi, dans le droit romain, que relativement à la dot (1); mais on l'a étendu ensuite, dans le droit français, à toute espèce de donations entre-vifs, faites, soit à des fils ou petits-fils, soit à des filles ou petites-filles. Il était, en effet, très-favorable, puisqu'il était propre à exciter et à favoriser la libéralité des ascendants, qui n'étaient point ainsi retenus par la crainte de voir, à la mort du descendant donataire, les biens qu'ils lui auraient donnés, passer en des mains étrangères: *Ne hac injecta formidine parentum circa liberos munificentia retardetur.* L. 2, Cod. *de Bonis quæ liberis in potest.*

200. Il est clair, au surplus, que l'art. 747 ne peut s'appliquer qu'aux biens donnés par donation entre-vifs, puisque pour ceux qui l'auraient été par testament, ou même pour les donations de biens à venir par contrat de mariage, le prédécès du légataire, ou du donataire et de sa postérité (2), rendrait caduque la disposition (articles 1039, 1089) (3), et empêcherait ainsi que les biens ne sortissent de la main du testateur ou du donateur. Ils n'auraient donc point à y rentrer.

201. Mais il s'applique à toute espèce de donation entre-vifs, soit de biens meubles (4), soit de biens immeubles, sous la seule condition que les objets seraient encore en nature dans la succession, ou, s'ils ont été aliénés, que le prix en serait encore dû, ou que le donataire aurait une action en reprise relativement à ces objets; l'article dit d'une manière générale que l'ascendant donateur succède aux choses par lui données, etc.

202. Et quant à ces biens, ce n'est pas par droit de retour, ni par suite de révocation, et pas davantage par l'effet d'une caducité, que l'ascendant donateur les reprend; c'est par droit *de succession*, ainsi que le porte positivement l'article que nous expliquons: « Les ascendants *suc-* « *cèdent*, dit-il, à l'exclusion de tous autres, aux « choses par eux données à leurs enfants, ou « descendants décédés sans postérité, etc.

« C'est un droit mixte, dit Lebrun, un droit « spécial au donateur, droit de succession, parce « que, pour l'exercer, il faut, sinon être héri- « tier plus proche, du moins pouvoir être héri- « tier du donataire. »

203. On l'appelle quelquefois droit de *réversion*, parce qu'il fait retourner les biens dans la main du donateur; et *retour légal*, par opposition au retour conventionnel, dont parle l'art. 951 (5); mais ces diverses dénominations, plus ou moins

(1) Plusieurs interprètes de cette législation décident même qu'il était une conséquence de la puissance paternelle; en sorte que, selon eux, le père n'avait pas la reprise de la dot, quoiqu'il l'eût constituée à sa fille lorsque celle-ci était encore sous sa puissance, si elle en était sortie depuis par l'émancipation. Nous ne nous jetterons pas dans cette controverse, qui n'a point d'intérêt pour l'explication de notre sujet: mais nous dirons cependant que cette décision paraît fortement combattue par les LL. 5, ff. *de Divort.*, et 59, ff. *Solut. matrim. quemad.*

(2) *Du mariage*, comme cela est démontré par l'art. 1082, qui explique la généralité du terme *postérité* employé dans l'art. 1089; mais ce n'est pas le moment de discuter ce point.

(3) Code de Hollande, art. 233, § 2.

(4) Dans les pays coutumiers, l'ascendant donateur ne reprenait guère que les immeubles par lui donnés, parce qu'il les reprenait en qualité de *propres*, et qu'il n'y avait que les immeubles qui fussent des propres: aussi l'on tenait, dans l'ancienne coutume de Paris, que l'art. 313 de cette coutume ne s'appliquait qu'aux immeubles. Mais comme aujourd'hui nous ne reconnaissons plus de propres, le motif de la distinction de l'ancienne jurisprudence coutumière n'existe plus.

(5) Code de Hollande, art. 1709.

inexactes, ne lui ôtent pas son véritable caractère de droit successif, ainsi que l'ont très-bien remarqué les auteurs qui ont écrit sur le Code.

204. Puisque ce n'est qu'en faveur des ascendants donateurs que la loi fait exception aux principes généraux d'après lesquels elle règle la dévolution des biens, il s'ensuit :

1° Que si un aïeul a donné à son petit-fils, décédé sans postérité, ce sera lui, et non son fils, père du donataire, dans le cas où ce fils existerait encore, qui exercera le droit de reprise, car l'ascendant donateur succède, à l'exclusion de *tous autres,* aux choses par lui données à son descendant décédé sans postérité (1).

Nous verrons même plus bas si cet ascendant n'aurait pas le droit de reprise, encore que par là un autre ascendant, soit de sa ligne, soit de la ligne opposée, et auquel il serait dû une réserve, ne trouvât pas dans le surplus des biens dont il n'aurait pas été disposé, de quoi la former.

2° Que si l'aïeul donateur n'existait plus, quand bien même le fils existerait encore, celui-ci n'exercerait pas la reprise (2), à moins que le droit n'eût été ouvert dans la personne du donateur qui aurait survécu au donataire, et que le fils ne se portât son héritier ; mais, dans ce cas même, il ne l'exercerait que *jure transmissionis,* et non comme un droit propre : car celui de reprise, au contraire, n'appartient qu'au seul donateur. Or, comme ce dernier n'a pas survécu au donataire, et que c'était la condition *sine qua non* de l'ouverture du droit, il n'a rien pu transmettre à cet égard à son fils, quand bien même celui-ci s'est porté son héritier. D'ailleurs, dans les principes du code, le donateur n'ayant pu stipuler le retour pour son fils (art. 951), comment pourrait-on supposer que la loi a cependant voulu le lui attribuer ?

205. Mais si l'ascendant donateur a survécu au donataire, ses héritiers quelconques (art. 781) (3), ses légataires, et ses donataires de biens à venir, et même ses créanciers (art. 1166 et 788) (4), peuvent exercer le droit qu'il a ainsi recueilli.

206. Ce droit étant un véritable droit de succession, quoique d'une espèce particulière, il s'ensuit aussi que l'ascendant donateur doit réunir en sa personne les qualités requises pour pouvoir succéder ; en conséquence, s'il était mort civilement à l'époque du décès du donataire, ou s'il était indigne d'être son héritier, la reprise des biens ne pourrait avoir lieu.

207. Et puisque c'est un droit de succession, et que toute succession s'ouvre par la mort civile comme par la mort naturelle (art. 25 et 718), on doit décider que la reprise a lieu lorsque le donataire meurt civilement sans laisser de postérité, comme lorsqu'il *décède* (5) réellement. S'il n'en était ainsi, les biens donnés passeraient, contre le vœu de la loi, à d'autres qu'à l'ascendant donateur, puisque la succession étant ouverte, le donateur perd la propriété de tous ses biens, et que ces mêmes biens sont dévolus à ceux qui sont appelés à les recueillir dans l'ordre légal ; ce qui serait absurde (6).

(1) Il y avait sur ce point divergence dans la jurisprudence des parlements de droit écrit : les uns accordaient, il est vrai, la préférence à l'aïeul donateur, mais d'autres la donnaient au père du donataire. Mais ce point ne saurait plus faire de difficulté aujourd'hui ; aussi nous dispenserons-nous de rapporter les différentes raisons alléguées à l'appui de l'un et de l'autre système. On peut d'ailleurs les voir dans le *Commentaire* de M. Chabot sur l'art. 747.

(2) Il y avait encore divergence sur ce point dans l'ancienne jurisprudence : généralement les parlements de droit écrit accordaient la reprise au père, en se fondant sur la L. 6, ff. *de Collat. bonorum,* qui porte, en effet, que le père venant à la succession de l'aïeul qui avait doté sa petite-fille, doit le rapport de la dot à ses frères et sœurs ; au lieu qu'en général on jugeait le contraire dans les pays coutumiers. Mais la divergence tenait principalement à ce que, dans les pays où l'on suivait le droit romain, on s'était déterminé par la considération que, dans les principes de ce droit, le père devant doter sa fille, l'aïeul, en la dotant, avait rempli l'obligation de son fils ; en conséquence, c'était ce dernier que l'on considérait comme donateur : voilà pourquoi plusieurs de ces parlements accordaient la réversion au père de préférence à l'aïeul, comme il a été dit dans la note précédente. Mais en pays coutumier, pas plus que sous le Code (art. 204), le père n'était tenu de doter sa fille : dès lors l'on ne pouvait dire, et l'on ne pourrait davantage dire aujourd'hui, qu'en dotant sa petite-fille, l'aïeul est censé avoir acquitté l'obligation de son fils, et que c'est celui-ci qui est en réalité le donateur : aussi ne devrait-il pas le rapport à la succession de son père. (Art. 847.)

(3) Code de Hollande, art. 1097.

(4) Ibid., art. 1107.

(5) Peu importe que l'expression *décédé* ne s'emploie pas pour indiquer la mort civile, et que l'art. 747 se serve de ce mot. Il l'emploie *subjecta materia :* or, la succession du donataire s'ouvre par la mort civile comme par la mort naturelle.

(6) Il y a eu aussi difficulté sur ce point dans les pays où l'on considérait ce droit de l'ascendant comme un droit de retour : on disait que le cas de mort civile de donataire n'avait pu raison-

208. Il ne faut toutefois pas conclure, de ce que le droit de l'ascendant est un droit de succession, que cet ascendant donateur profiterait, à ce titre de donateur, et par droit d'accroissement, de la renonciation que feraient à la succession ordinaire les frères, sœurs ou descendants de frères ou sœurs du donataire, ou d'autres ascendants de sa ligne et d'un degré plus proche. Le droit d'accroissement n'a lieu qu'en même succession, et ici l'ascendant donateur n'est héritier que dans une succession spéciale. Il ne profiterait donc de la renonciation que par dévolution, s'il se trouvait en ordre et en degré utiles pour recueillir l'hérédité répudiée. Mais il peut en profiter comme héritier ordinaire, s'il est aussi appelé à la succession ordinaire.

209. Une autre conséquence de ce que ce droit est un droit de succession, c'est que l'ascendant qui l'exerce est tenu des dettes du donataire.

Mais comme ce n'est pas une succession ordinaire, à titre universel, que ce n'est qu'une succession aux choses données, à des choses particulières, l'ascendant ne peut être tenu des dettes qu'en raison de ce qu'il reprend, comparativement aux autres biens de l'hérédité : il est tenu de ces dettes *pro modo emolumenti*, puisque ce n'est ni une part virile qu'il prend à ce titre, ni une portion héréditaire ou aliquote quelconque. De là, si les biens sur lesquels il exerce son droit de reprise sont estimés valoir le tiers de tout l'actif de la succession, d'après l'estimation qui en sera faite, il sera tenu du tiers de toutes les dettes et charges. Nous avions pensé d'abord qu'il en était tenu dans cette proportion, même *ultra vires*, s'il n'avait eu la précaution d'accepter sous bénéfice d'inventaire; mais, après y avoir plus mûrement réfléchi, nous avons changé d'opinion, attendu que c'est plutôt un successeur à certains biens qu'à la personne, quoiqu'il soit d'ailleurs héritier, et, comme tel, tenu des dettes.

210. S'il est en même temps appelé à la succession ordinaire par son degré de parenté ou par la renonciation ou l'indignité de ceux qui le précédaient, il a incontestablement le droit de renoncer à la succession particulière introduite en sa faveur, pour s'en tenir à la première, *aut vice versa*, comme il peut cumuler l'une et l'autre (1). S'il prend ce dernier parti, il est tenu des dettes et charges que doit, en définitive, supporter la succession ordinaire, non pas *pro modo emolumenti* mais *pro parte hereditaria* (art. 770 et 1220) (2), sauf aussi à lui à n'accepter que bénéficiairement, auquel cas il ne serait pas tenu des dettes et charges au delà de la valeur des biens qu'il aurait eus dans la succession.

211. Comme les créanciers du défunt ne savent pas quelle est la portion de dettes que le donateur doit supporter à raison des biens qu'il a recueillis; que la fixation de cette quotité ne se règle qu'entre lui et les héritiers ordinaires, il nous semble qu'ils peuvent demander à ces mêmes

nablement être prévu par l'ascendant donateur, et que puisque ce donataire peut un jour rentrer dans la vie civile, il n'est pas juste de le priver, dès à présent, des biens qui lui ont été donnés. Mais ces raisons n'ont aucune force aujourd'hui, qu'il est bien certain que le droit dont il s'agit est un droit de succession.

(1) M. Delvincourt dit qu'il ne peut accepter la succession particulière sans accepter la succession ordinaire, parce qu'on ne peut tout à la fois être héritier d'une personne, et n'être pas son héritier. Cependant, c'est ce qui arrive quand il y a dans la ligne de l'ascendant donateur, d'autres ascendants, même un seul, d'un degré plus proche, et que le donateur accepte pour les biens qu'il a donnés.

M. Toullier répond au motif de décision de M. Delvincourt, en disant que le principe *hereditas pro parte adiri nequit* n'est applicable qu'au cas où il s'agit de la même succession et qu'ici il y en a en quelque sorte deux, puisque les héritiers ne sont pas nécessairement les mêmes; mais il ajoute que la question est sans intérêt dans la pratique, attendu que le donateur étant obligé de supporter dans les dettes une part *pro modo emolumenti*, s'il accepte la succession spéciale, c'est qu'il aura intérêt à le faire, et par cela même intérêt à accepter la succession ordinaire.

Il pourrait bien cependant avoir intérêt à répudier celle-ci et à accepter celle-là, savoir, s'il avait reçu, à son tour, ce qui peut très-bien arriver, quelque chose du donataire sans clause de préciput ou de hors part : dans ce cas, il pourrait lui être plus avantageux de s'en tenir à ce qu'il a reçu, que de venir à la succession ordinaire et de rapporter ; à moins que l'on ne prétendît qu'il doit imputer ce qu'il reçut sur la reprise qu'il a le droit d'exercer comme donateur, et nous avouons que nous ne voyons pas sur quelle loi cette prétention serait fondée.

Au surplus, M. Toullier pense que si, en acceptant, l'ascendant donateur ne déclare pas positivement qu'il n'entend n'accepter que relativement aux biens qu'il a donnés, il sera censé avoir accepté pour le tout. Cela est même susceptible de controverse : les circonstances du fait, plus que les principes, car ils ne sont pas positifs, serviraient à la décision de la question.

(2) Code de Hollande, art. 920 et 1335.

héritiers, et à chacun personnellement, dans la proportion de sa part héréditaire, le montant de leurs créances, sauf à ceux-ci leur recours contre le donateur. C'est aussi l'opinion de M. Delvincourt, qui modifie toutefois sa décision pour le cas où la quotité des dettes que le donateur doit supporter aurait déjà été déterminée par un acte fait avec les héritiers : alors, dit-il, les créanciers pourraient s'adresser directement à lui pour qu'il eût à la leur payer.

Mais il est clair néanmoins que le donateur ne serait tenu de payer à ceux qui se présenteraient les premiers, que dans la proportion de la créance de chacun, comparativement à la somme totale des dettes et charges dont il serait tenu; autrement les créanciers dont les créances ne seraient pas encore échues, seraient privés du droit de s'adresser à lui lorsqu'il se trouverait avoir payé cette somme totale à ceux qui se seraient présentés les premiers, ce qui ne serait pas juste ; et il est clair aussi que, lors même que la quotité de dettes que l'ascendant doit supporter n'aurait pas encore été déterminée par un acte, les créanciers auraient le droit de le poursuivre, pour qu'il eût à payer jusqu'à concurrence de ce qu'il pourrait personnellement devoir à chacun d'après la quotité qu'il devrait déterminer à l'amiable avec les héritiers ordinaires, ou judiciairement, en cas de contestation.

212. Et nous modifions nous-même aussi notre décision sur le premier point, en disant que les héritiers ordinaires, attaqués par les créanciers pour leur part héréditaire dans les dettes, par exemple, chacun pour moitié s'ils sont deux, auraient le droit d'appeler en garantie l'ascendant donateur, pour faire déterminer la quotité de dettes dont il doit être tenu, et être ainsi proportionnellement déchargés envers les demandeurs ; car alors le motif que nous avons donné plus haut en faveur du droit qu'ont, selon nous, les créanciers, de s'adresser aux héritiers ordinaires, pour que ceux-ci aient à les payer dans la proportion de leur part héréditaire, n'existerait plus. Mais il faudrait, au reste, que cette fixation pût se faire promptement, et qu'elle ne traînât point en longueur.

213. Tout ce qui vient d'être dit n'est, au surplus, relatif qu'à l'action personnelle des créanciers, et ne fait aucun préjudice au droit d'hypothèque que tel ou tel d'entre eux pourrait avoir, soit sur les biens de la succession ordinaire, soit sur ceux que reprend l'ascendant donateur, droit qui suit les immeubles qui en sont affectés, en quelque main qu'ils passent (articles 873 et 2114) (1), et oblige tout héritier détenteur à payer la dette, sous la faculté cependant de délaisser les immeubles, s'il n'est plus personnellement obligé à la payer, parce qu'il aurait déjà soldé ou fait des offres régulières de la portion dont il était tenu. (Art. 1220, 1257, 2172, analysés et combinés) (2).

214. Celui qui, par l'effet de l'hypothèque, a payé au delà de ce qu'il devait personnellement supporter dans la dette, a son recours, tel que de droit, soit contre ses cohéritiers, soit contre l'ascendant donateur. Si c'est ce dernier, il a également ce recours ; car l'hypothèque n'est point une aliénation des biens donnés, ni un démembrement de ces mêmes biens, comme le serait un usufruit, ou un droit d'usage ou de servitude qu'aurait consenti le donataire au profit d'un tiers : c'est simplement une sûreté donnée à un créancier ; d'où il suit que les biens n'existent pas moins en *nature*, quoiqu'ils soient hypothéqués, et en conséquence, que le donateur a le droit de les reprendre tels qu'ils sont, en supportant sa part dans les dettes *pro modo emolumenti*. Au lieu que lorsqu'ils sont affectés des charges dont il vient d'être parlé, le donateur ne peut les reprendre que dans l'état où ils se trouvent, avec l'action en payement du prix qui pourrait encore être dû à raison de ces mêmes charges, mais sans indemnité de la part des héritiers ordinaires, dans le cas même où il ne serait dû aucun prix à cet égard (3). Le donataire était propriétaire des objets donnés ; il pouvait par conséquent les vendre, les donner à son tour, et,

(1) Code de Hollande, art. 1147, 1208 et 1209.

(2) Ibid., art. 1335 et 1440.

(3) Nous avons déjà rappelé ces principes au sujet de la reprise, par l'adoptant, des biens qu'il avait donnés à l'adopté mort sans postérité, tome III, n° 322. Toutefois, nous n'accordons pas à l'adoptant le droit au prix qui serait encore dû des biens aliénés ; on peut voir nos raisons *loco citato*, n°s 323 et 324.

dans le cas où il l'aurait fait, et qu'aucun prix ne serait encore dû, soit parce qu'il lui aurait été payé, et qu'il se serait ainsi confondu dans son patrimoine, soit parce qu'il aurait disposé des choses à titre gratuit, le donateur n'aurait rien à réclamer ; donc, par la même raison, ne peut-il réclamer d'indemnité quand le donataire a fait beaucoup moins qu'il ne pouvait faire, en se bornant à établir de simples charges.

215. Toujours du principe que le droit du donateur est un droit de succession, et non un droit de retour, il faut aussi tirer la conséquence qu'il est soumis envers le fisc au droit proportionnel de mutation par décès (1), à la différence du retour conventionnel dont il est question à l'article 951 (2), retour qui n'est rien autre chose qu'une résolution par l'accomplissement d'une condition stipulée.

216. Mais ce droit n'étant attribué à l'ascendant donateur que dans le seul cas où le descendant donataire est décédé sans postérité, il s'ensuit que, si ce dernier laisse des enfants ou descendants, quand bien même le donateur leur survivrait, la condition prévue par la loi aurait manqué, et le droit de réversion ne se serait jamais réalisé : ce serait d'ailleurs succéder, non pas au donataire, mais aux enfants du donataire, qui ont recueilli les biens et les ont reçus, non du donateur, mais de leur père donataire. Il est vrai qu'on peut stipuler le droit de retour pour le cas du prédécès, non-seulement du donataire, mais aussi de ses descendants (art. 951) ; mais alors c'est une stipulation, qui doit s'exécuter parce qu'elle n'a rien de contraire à la loi ; tandis que, dans l'espèce, il s'agit d'un droit qui, quoique très-digne de faveur dans son principe et son but, est néanmoins une dérogation au système général des successions, une hérédité spéciale et particulière, dont on ne doit pas, par conséquent, reculer les limites au delà du point marqué par la loi. Il ne tenait qu'à l'ascendant de stipuler le retour pour le cas du prédécès du donataire et de sa postérité ; s'il ne l'a pas fait, c'est qu'il n'a pas jugé à propos de le faire, ou du moins il doit s'imputer sa négligence (3).

217. Par la même raison, le droit ne se serait jamais réalisé si le donataire avait laissé un enfant ou descendant, quoique cet enfant ou descendant fût issu d'un autre mariage que celui en faveur duquel la donation aurait été faite (4). Le mot *postérité*, dans l'esprit de l'art. 747 (5), a le sens le plus étendu, puisque cet article ne distingue pas, et qu'aucun autre n'en restreint la signification ordinaire dans son application au cas dont il s'agit (6).

218. Mais on peut se demander, avec M. Chabot, qui décide, au surplus, ce point comme nous, si l'existence d'un enfant ou d'un descendant incapable (7) de recueillir la succession du donataire, ou qui en est exclu comme indigne, ou qui y renonce, fait obstacle à l'exercice du droit du donateur.

Si l'on s'attache à la lettre de l'art. 747, la condition sous laquelle l'ascendant était appelé a défailli ; car le donataire n'est pas décédé sans postérité ; c'est tout au plus ce qu'on pourrait dire si l'enfant était mort civilement, parce que les liens de famille et de cité étant rompus par la mort

(1) *Voyez* la circulaire de la régie des domaines et de l'enregistrement, en date du 23 brumaire an VIII. Elle se trouve dans le Recueil de Sirey, tome I, part. II, page 117.

(2) Code de Hollande, art. 1709.

(3) Cette question est encore controversée. *Voyez*, dans le sens de notre opinion, l'arrêt de rejet du 13 août 1818 (Sirey, 1818, I, 370), l'arrêt de la cour de Nimes du 14 mai 1819 (Sirey, 1820, II, 38), enfin un autre arrêt de rejet du 30 novembre 1819 (Sirey, 1820, I, 107).

On peut aussi consulter M. Chabot, sur l'art. 747, M. Merlin (*Répertoire*, v° *Réserve*, sect. 2, § 3, n° 6), et M. Grenier (*des Donations*, tome II, page 343).

(4) Ce point a été également très-controversé jadis, surtout lorsque l'enfant était d'un mariage antérieur. (*Voyez* M. Chabot, tome I, page 304.)

(5) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(6) Nous disons cela parce que, dans l'art. 1089, le mot *postérité* est aussi employé sans limitation ni restriction ; mais d'après l'art. 1082, auquel il se réfère, il est évident, du moins pour nous, qu'il doit s'entendre de la postérité née du mariage en faveur duquel la donation a eu lieu, attendu qu'elle n'est censée faite qu'en faveur du donataire et des enfants à naître de ce mariage, dans le cas où le donataire prédécéderait le donateur, et qu'elle ne pourrait même avoir lieu au profit d'enfants issus d'un mariage antérieur ou postérieur ; car on donnerait ainsi des biens à venir à des individus qui ne seraient pas capables de les recevoir, puisqu'ils ne seraient point dans la classe de ceux au profit desquels seulement la loi a cru devoir faire une exception à la prohibition positive qu'elle a portée à cet égard.

(7) Parce qu'il est mort civilement ; car si c'était parce qu'il ne serait pas né viable, il n'y aurait pas le moindre doute qu'il ne dût pas être compté, attendu que celui qui n'est pas né viable est censé n'avoir jamais existé.

civile, il pourrait être considéré, et même devrait l'être, quant au droit de succéder, comme n'existant pas. Mais dans les cas où cet enfant est seulement exclu comme indigne, ou bien qu'il renonce, il est vrai de dire qu'il existe. Cependant, tel n'est pas l'esprit de la loi : il milite en faveur de l'ascendant. Et, en effet, le droit de réversion est évidemment fondé sur la présomption que l'ascendant a entendu, en donnant, que sa libéralité profiterait, il est vrai, à toute sa descendance, mais non pas à d'autres, s'il survivait à cette même descendance, et si le donataire lui-même ne jugeait pas à propos de disposer des biens donnés. Or ces motifs de la loi, en établissant la réversion, cette intention du donateur, ne seraient pas suivis, seraient méconnus, si, dans le cas où les biens ne pourraient, par une cause quelconque, être recueillis par la postérité du donataire, l'ascendant donateur était privé du droit de les réclamer par ceux auxquels il a bien certainement voulu se préférer dans tous les cas. D'ailleurs, en matière de succession, n'est-ce pas la même chose que le défunt n'ait pas laissé de descendants, ou que ceux qu'il a laissés ne soient pas héritiers pour telle ou telle cause ?

219. Supposons maintenant que l'enfant laissé par le donataire est un enfant naturel, reconnu par lui, capable de succéder, non exclu pour indignité, et acceptant la succession de son père, pour la part que la loi lui attribue. Nous décidons, sans balancer, qu'il n'empêche pas la réversion pour ce qui lui est étranger et qui est dévolu à d'autres parents, mais qu'il l'empêche pour la portion à laquelle il a droit dans la succession ; en sorte que cette portion étant la moitié, puisqu'il y a au moins un ascendant du donataire père de cet enfant naturel (art. 757) (1), l'ascendant donateur ne reprendra, par droit de réversion, que la moitié des choses par lui données, qui seraient encore en nature dans la succession, et la moitié du prix qui serait encore dû de celles aliénées. M. Chabot est aussi d'avis de l'une et l'autre décision, ainsi que de celle que nous avons donnée au n° précédent. Il se fonde principalement sur la considération que l'enfant naturel légalement reconnu a des droits de succession, sinon sur les biens du donateur, du moins sur ceux du donataire qui l'a reconnu, et dès lors, que ce dernier doit être considéré comme ayant disposé des biens donnés, dans la proportion du droit de cet enfant naturel.

220. Et si le donataire laisse un enfant adoptif, nous pensons aussi, avec le même auteur, que l'existence de cet enfant met obstacle au droit de réversion au profit de l'ascendant. Par l'adoption, l'adoptant se crée une descendance civile, une famille civile, à laquelle il confère, sur sa succession, les mêmes droits que ceux qu'aurait l'adopté s'il était né du mariage de l'adoptant (2) (art. 350) (3). C'est donc encore une sorte d'aliénation des choses données par l'ascendant au donataire ; et s'il était loisible à celui-ci d'en disposer par des ventes, par des donations, il pouvait bien, par la même raison, en disposer par la création d'un héritier par voie d'adoption, ce qui rend sans intérêt la question de savoir si, sous le nom de *postérité* d'un individu, l'on peut aussi comprendre ses enfants adoptifs.

221. Nous venons de voir que l'existence d'un enfant naturel au donataire empêche la réversion dans la proportion du droit qu'a cet enfant naturel sur la succession de son père, qui l'a reconnu ; maintenant il s'agit de savoir si le père naturel, qui a donné à son fils décédé sans postérité, a le droit de réversion ? et si ce droit compète également à celui qui a donné à l'enfant naturel de son fils même légitime, et reconnu par ce dernier, quand cet enfant naturel décède sans postérité ?

Pour que la première question présente de l'intérêt, il faut supposer que la mère de l'enfant naturel l'a aussi reconnu avant qu'il fût mort (4), car, autrement le père reprendrait par voie de succession, non-seulement les biens par lui don-

(1) Code de Hollande, art. 910.

(2) C'est en vertu de ces principes, que l'on a jugé, en cassation, par arrêt que nous rapportons au tome III, n° 319, que l'enfant adoptif a droit à une réserve comme l'enfant légitime, et que pour en calculer le montant, on doit réunir aux biens laissés au décès, ceux dont il avait été disposé antérieurement à l'adoption ; bien mieux, que la réduction, s'il y avait lieu à réduction, pourrait même porter sur ces derniers biens.

(3) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(4) Sur le point de savoir si la reconnaissance de l'enfant naturel après sa mort peut profiter à celui ou à celle qui l'a faite, *voyez* ce qui a été dit au tome III, n° 265.

nés, mais encore tous les autres (art. 765) (1). Au lieu que si la mère a pareillement reconnu l'enfant, elle a droit à la moitié de l'hérédité de celui-ci, et alors il importe de savoir si le père a le droit particulier de réversion.

Nous n'en faisons pas le moindre doute (2); car, d'après l'art. 765 précité, le père *succède;* la *succession* de son enfant lui appartient en tout ou en partie : il est donc dans le cas de l'art. 747. De plus, l'art. 766 (3) établit un droit de retour légal sur les biens donnés par le père ou la mère de l'enfant naturel décédé sans postérité, au profit des frères et sœurs légitimes de cet enfant; à plus forte raison (4) le père donateur lui-même doit-il avoir le droit de faire ce prélèvement sur les biens qui proviennent de lui, et qui se trouvent encore en nature dans la succession de son enfant donataire.

222. Mais la seconde question doit être décidée contre le donateur. Aucun rapport de successibilité n'existe entre un individu et l'enfant naturel de son fils ou de sa fille; dès lors il ne saurait y avoir lieu pour lui à *succéder* aux choses par lui données à cet enfant : ils sont étrangers l'un à l'autre dans les rapports légaux ou civils (5). C'était à l'aïeul *naturel* à stipuler le droit de retour, stipulation qui préviendrait bien des difficultés en cette matière, même dans les cas ordinaires, et dont on pourrait limiter les effets tels qu'ils ont lieu d'après le droit commun, en convenant que le donateur ne reprendrait les choses qu'autant qu'elles existeraient encore en nature, avec les hypothèques et autres charges dont elles seraient grevées; dérogeant ainsi à la disposition de l'art. 952 (6), afin que le donataire pût plus librement disposer des biens et les hypothéquer.

223. Comme l'ascendant n'exerce son droit de reprise, ou pour mieux dire de *succession*, que sur les choses qui existent encore en nature dans l'hérédité du donataire, ainsi que sur le prix qui serait encore dû de celles qui auraient été aliénées, et relativement aussi aux actions en reprise que le donataire pouvait avoir, il importe de voir quand les objets ont été aliénés, ou sont censés l'avoir été.

D'abord, il n'y a aucune difficulté lorsque c'est par donation entre-vifs ou par vente qu'il en a disposé, sauf, dans ce dernier cas, l'action pour le prix, s'il était encore dû.

224. Et puisqu'aujourd'hui l'obligation pure et simple de délivrer un corps certain emporte, seule, translation soudaine de la propriété de cet objet au profit de l'acquéreur à titre gratuit (article 938) (7) ou onéreux, n'importe (art. 711, 1138 et 2182) (8), il suit de là que, lors même que le donataire qui aurait vendu ou donné les objets ne les aurait point encore livrés au moment de son décès, ces objets n'existeraient plus en nature dans sa succession. Et s'il a disposé sous une condition suspensive, et que la condition ne soit pas encore accomplie au moment de son décès, l'ascendant reprend, il est vrai, les biens, mais à la charge d'exécuter l'obligation du donataire, au cas où la condition viendrait à s'accomplir; car la condition accomplie ayant un effet rétroactif au jour du contrat (art. 1179) (9), c'est comme si les objets avaient été aliénés purement et simplement par le donataire.

225. Que s'il a donné, par donation entre-vifs, et comme biens présents, tous ses immeubles généralement, ou tous ses meubles aussi généralement, ce qui sera rare, les biens immobiliers ou les effets mobiliers qui lui avaient été donnés ne sont plus dans son hérédité. S'il a donné en cette forme une partie aliquote de ses immeubles, ou de son mobilier, comme le tiers, la moitié, ce qui ne sera guère plus fréquent, il y aura par cela même le tiers ou la moitié des immeubles ou des meubles

(1) Code de Hollande, art. 917.

(2) M. Chabot est aussi de cet avis.

(3) Code de Hollande, art. 918.

(4) La loi, en effet, est encore plus favorable au donateur qu'à ses propres enfants; l'art. 747 lui-même en est une preuve, et les art. 351 et 352, au titre *de l'Adoption*, analysés et combinés, en fournissent une autre aussi évidente.

(5) Sauf toutefois en ce qui concerne le mariage, qui est prohibé en ligne directe entre tous les ascendants et les descendants naturels et les alliés dans la même ligne, comme entre tous les ascendants et descendants légitimes et les alliés dans cette ligne (art. 161); et sauf aussi les dispositions du Code pénal, pour les crimes et délits qui auraient été commis par un descendant naturel envers son ascendant, et réciproquement.

(6) Code de Hollande, art. 1710.

(7) Ibid., art. 1723.

(8) Ibid., art. 639, 1273.

(9) Ibid., art. 1297.

à lui donnés par l'ascendant laquelle n'existera en plus nature, quand bien même, à la mort du donataire, le partage ne serait point encore fait avec le donataire de celui-ci.

226. On doit aussi décider que, s'il a disposé, par contrat de mariage, de tout ou partie des biens qu'il laissera à son décès, par exemple, de la moitié de ses biens en général, ou de tous ses immeubles, ou de tous ses meubles, ou d'une portion aliquote de tous ses immeubles ou de tous ses meubles, l'ascendant donateur perd son droit de réversion sur toute la portion des biens par lui donnés qui peut se trouver comprise dans la disposition faite par le donataire, suivant la distinction des choses reçues par celui-ci et ensuite données par lui, et dans les proportions ci-dessus indiquées; en sorte que si ce sont des immeubles, et que le donataire ait lui-même donné tous ses immeubles, le droit de réversion est éteint : si la disposition n'est que de la moitié des immeubles, la réversion est éteinte pour la moitié de ceux qu'avait donnés l'ascendant ; si c'est la moitié des biens en général, le droit de l'ascendant est éteint pour moitié, quels que soient les objets qu'il a donnés, etc.

227. Bien mieux, alors même que ce serait par testament que le donataire aurait disposé des biens à lui donnés par son ascendant, ces biens ne seraient plus censés exister en nature dans sa succession, soit qu'il l'eût fait à titre particulier, et comme de corps certains et déterminés, soit qu'il l'eût fait à titre universel, de la même manière que dans les exemples précédents, en instituant un ou plusieurs légataires universels, ou à titre universel de tous ses immeubles, ou de tous ses meubles, ou d'une part aliquote des uns ou des autres. L'effet de ces dispositions serait de faire considérer les biens reçus par le donataire comme n'existant plus en tout ou en partie dans sa succession, attendu que la propriété des choses léguées appartient au légataire dès le moment de la mort du testateur (art. 1014) (1), et que dans les cas même où l'héritier du sang a la saisine (2), il ne l'a que relativement à l'obligation où sont les légataires de lui demander la délivrance, ce qui est plutôt une affaire d'exécution des dispositions, qu'une diminution, qu'une modification réelle de l'effet de ces mêmes dispositions. La loi, comme nous l'avons déjà dit plusieurs fois, ne règle la dévolution des biens par voie d'hérédité qu'en l'absence de la volonté positive de l'homme à ce sujet, et il n'y a en réalité de succession légitime que lorsqu'il n'y a pas de dévolution testamentaire, ou autre analogue : en sorte qu'il est vrai de dire que les biens dont il a été disposé par testament ne se trouvent plus dans la succession, du moins dans la succession légitime, celle dont s'occupe l'article 747, puisqu'il est placé sous la rubrique des *successions légitimes*. S'ils y sont encore, ce n'est que fictivement, et parce qu'il est impossible qu'ils n'y soient pas au moins de cette manière, le testateur n'ayant disposé que pour le temps où il ne serait plus, et pouvant toujours révoquer ses dispositions (3).

228. Et puisque le donataire a pu, en en disposant par son testament, empêcher que les biens ne revinssent à l'ascendant, on peut demander si celui-ci, dans le cas où il lui serait dû une réserve, serait tenu d'imputer sur cette réserve les biens par lui donnés?

Nous décidons ce point pour l'affirmative, attendu que le donataire pouvant disposer des biens qui lui avaient été donnés, comme de ses autres biens, il est censé avoir entendu, en disposant de ceux-ci, et en ne disposant pas de ceux-là, que

(1) Code de Hollande, art. 1005 et 1006.

(2) Car il ne l'a pas toujours (art. 1006).

(3) Tel est aussi l'avis de MM. Delvincourt et Chabot. Ce dernier jurisconsulte dit, à l'appui de son opinion, que dans les pays coutumiers, ainsi que l'atteste Lebrun (liv. I, chap. v, sect. 2, n° 63), l'ascendant donateur ne pouvait *succéder*, au préjudice des dispositions que le donataire avait faites, soit par donations entre-vifs, soit par *testament;* et que, conformément à ces principes, la cour de cassation a décidé (mais par simple arrêt de *rejet*, il est vrai), le 17 décembre 1812 (Sirey, t. XIII, part. I, page 409), que l'ascendant donateur n'avait pas le droit de reprendre les choses que le donataire avait léguées, attendu que *ces choses ne se retrouvaient plus en nature dans la succession du donataire.*

M. Delvincourt fait également observer que c'était de cette manière que l'on entendait anciennement l'art. 313 de la coutume de Paris, comme l'attestent Boucheul, *des Conventions de succéder*, chap. XII, n°s 73 et suivants, et les auteurs par lui cités (voir aussi Ricard, *des Donations*, part. III; n°s 768 et suivants); et que l'art. 747 du Code civil a été conçu et rédigé dans ces principes, et non dans ceux du droit romain, puisque c'est un droit de *succession* qu'il consacre, et non un droit *de retour*.

Voyez aussi ce que nous avons dit au sujet de l'adoptant, tome III, n° 325.

ces derniers fourniraient à la réserve de l'ascendant donateur. Cet ascendant recueille les biens par droit de succession : or ce qu'un héritier prend ou a reçu à titre héréditaire s'impute sur sa réserve, comme on le verra dans la suite. Il est vrai que ce principe reçoit exception dans le cas où l'héritier a reçu par préciput ou avec dispense de rapport, et qu'ici l'ascendant ayant droit aux biens par lui donnés en vertu d'un droit particulier et exclusif, son titre est une sorte de préciput (1) ; mais ce n'est pas une donation par préciput qu'il reçoit, c'est purement et simplement un droit héréditaire, dont la valeur, en conséquence, fait obstacle à toute demande en réduction des dispositions faites par le donataire, du moins jusqu'à due concurrence. En un mot, et mieux encore, les biens donnés appartenaient au donataire au moment de sa mort; ils formaient, avec ses autres biens, un seul et même patrimoine, et la loi lui permettait de disposer de ce patrimoine, moins la portion due à titre de réserve à l'ascendant donateur (2); la loi ne considère pas plus l'origine des biens pour la formation des réserves, qu'elle ne la considère pour la dévolution aux héritiers légitimes. Le donataire laissant dans sa succession *ab intestat* suffisamment de biens pour fournir à la réserve de cet ascendant, ce dernier n'a donc point à se plaindre de ce que son descendant a disposé au delà de ce dont la loi lui permettait de disposer; par conséquent il n'a point d'action en réduction des dispositions faites sur les autres biens, ce qui dispense ainsi d'examiner jusqu'à quel point est vrai l'adage du droit romain, *Dat qui non adimit*, appliqué au donataire par rapport à l'ascendant donateur, pour en conclure que le premier est censé donateur à son tour envers le second, par cela seul qu'il n'a pas disposé des biens qu'il en avait reçus, pouvant l'en priver, et en conséquence qu'il y a lieu à les imputer sur la réserve de l'ascendant, comme ceux que celui-ci aurait directement et expressément reçus de son descendant.

229. Mais ce n'est pas tout : la difficulté peut se compliquer par la circonstance qu'il existerait d'autres ascendants qui auraient droit à une réserve, soit dans la même ligne, soit dans la ligne opposée. Alors s'élève la question, bien plus délicate, selon nous, que la précédente, de savoir si le donateur est obligé de fournir sur les biens donnés par lui, et qui existent encore en nature dans la succession, de quoi compléter les réserves qui seraient dues aux divers ascendants, dans le cas où les autres biens dont il n'a pas été disposé se trouveraient insuffisants à cet effet; et, dans le cas de la négative, on demande comment se réglera définitivement le droit des réserves?

D'abord, il faut remarquer que la question est la même, et demande en principe la même solution, soit que l'ascendant donateur n'eût pas de réserve à prétendre, parce qu'il y aurait dans sa ligne d'autres ascendants, ou même un seul d'un degré plus proche, par exemple, le père du donataire, soit que la réserve lui fût due aussi à lui ainsi qu'à d'autres ascendants de sa ligne ou de la ligne opposée, n'importe; car, même dans cette dernière hypothèse, il a évidemment intérêt à exercer la reprise de tous les biens qu'il a donnés et qui se retrouvent encore en nature dans l'hérédité, plutôt que d'en avoir une part plus ou moins forte, soit à titre de réserve, soit à titre de succession particulière ou ordinaire.

Il y a ici conflit entre trois intérêts : celui de l'ascendant donateur, celui des ascendants réservataires, et celui des donataires ou légataires.

Et, pour la parfaite intelligence de la difficulté, supposons que l'ascendant avait donné un domaine valant 25,000 francs, et dont le donataire n'a disposé ni par actes entre-vifs ni par testament : supposons aussi que ce dernier avait en outre pour 75,000 de biens dont il a disposé, soit par des donations entre-vifs, soit par des dispositions testamentaires, mais à titre particulier (3), et qu'il laisse son père, fils du donateur.

Le domaine donné étant encore en nature dans la succession, l'ascendant donateur dit qu'il a droit de le reprendre, puisqu'il succède, *à l'ex-*

(1) M. Delvincourt se fait aussi cette objection, mais il n'en décide pas moins la question comme nous, et à peu près d'après les mêmes motifs, quoiqu'il avoue qu'elle lui semble délicate.

(2) Pour le moment, nous supposons qu'il n'était dû de réserve à aucun autre ascendant; nous allons de suite supposer le cas contraire.

(3) Parce que, ainsi que nous l'avons dit au n° 227, *supra*, si c'était par des dispositions à titre universel, les biens donnés par l'ascendant pourraient y être compris en tout ou partie, ce qui dérangerait ou détruirait peut-être l'économie de l'espèce et l'intérêt de la question.

clusion de tous autres, aux choses par lui données à son descendant décédé sans postérité, et qui se retrouvent en nature dans la succession ; que le droit de réserve attribué aux autres ascendants ne leur est accordé que dans l'ordre où la loi les appelle à succéder (art. 915) (1), et qu'elle n'appelle point le père du donataire à succéder aux biens dont il s'agit ; en un mot, qu'elle n'a point restreint le droit de succession *exclusive* qu'elle a établie au profit des ascendants donateurs, aux seuls cas où il n'y aurait pas d'autres ascendants ayant droit à une réserve, ou que les autres biens seraient suffisants pour la fournir ; qu'elle n'a apporté d'autres restrictions à l'exercice de ce droit, que la circonstance que le donataire aurait laissé de la postérité, et celle aussi où il aurait disposé des biens donnés, sans que le prix en fût encore dû, circonstances qui ne se présentent ni l'une ni l'autre dans l'espèce. Aussi le droit de reprise de l'ascendant est-il incontestable.

Mais, d'autre part, et c'est ici que se fait sentir la difficulté, les ascendants réservataires soutiennent, et avec raison, qu'ils ne peuvent être privés de leur réserve par la circonstance que leur descendant a reçu une libéralité d'un autre ascendant, et que les objets qui la composaient existent encore en nature dans la succession. Et cette libéralité ayant eu lieu, ils disent qu'ils ne doivent pas non plus être de pire condition parce que le donataire a lui-même disposé de ses autres biens *ultra modum*, au lieu de disposer de ceux qui lui avaient été donnés ; que leur droit à la réserve est établi par la loi, et qu'il ne doit pas dépendre de circonstances aussi fortuites ; qu'il n'a pu être laissé à la discrétion de celui qui était tenu de le respecter. En conséquence, les ascendants réclament leur réserve telle qu'elle est déterminée par le rapprochement des articles 915 et 922 (2), c'est-à-dire en la calculant sur tous les biens existants au jour du décès, auxquels on réunit fictivement ceux dont il a été précédemment disposé par donations entre-vifs.

D'un autre côté, les légataires ou donataires sur qui frapperait la réduction, si, outre le prélèvement du domaine par l'ascendant donateur, les ascendants réservataires avaient droit de réclamer la réserve (dans l'espèce, si le père du donataire pouvait réclamer le quart de toute la succession, ou 25,000 francs), les légataires ou donataires, disons-nous, prétendent que la réserve est une, comme, par corrélation, la quotité disponible est une, et que si cette quotité varie en raison du nombre et de la qualité des héritiers qui y ont droit, elle est néanmoins déterminée sous tous les autres rapports, c'est-à-dire qu'elle doit toujours se calculer conformément à l'art. 922, sur tous les biens existants au jour du décès, auxquels on réunit fictivement ceux dont il a été précédemment disposé par donations entre-vifs ; qu'il n'y a pas même lieu d'en retrancher ceux que l'ascendant avait donnés, puisqu'ils appartenaient par cela même au donataire, si bien que ce n'est que parce qu'ils sont encore en nature dans sa succession, que l'ascendant donateur a le droit de les reprendre qu'ainsi, tous ces biens réunis ne formant qu'un seul et même patrimoine, la quotité disponible doit être calculée sur tous, attendu, ainsi qu'on l'a déjà dit, que pour la fixer, la loi ne considère pas l'origine des biens ; qu'en tout cas, le défunt n'était point tenu, et de laisser tout à la fois au donateur les biens qu'il en avait reçus, puisqu'il pouvait même l'en priver entièrement, et à l'ascendant réservataire une réserve entière calculée sur le montant total des biens ; car, de cette manière, ce serait absolument comme s'il eût dû deux réserves, ou la réserve à deux personnes, quand il ne la devait qu'à une seulement. Ils rétorquent contre le réservataire l'objection que celui-ci fait valoir, en disant de leur côté qu'ils ne doivent pas être de pire condition parce que le donataire leur a donné ses autres biens, au lieu de leur donner ceux qu'il avait reçus de son ascendant, ce qui aurait prévenu la difficulté, puisque ce donateur n'eût pu, à ce titre, élever de réclamation. Ils ajoutent enfin que cette objection serait tout à fait mal fondée de leur part, si le donataire avait été lié à cet égard envers le donateur, mais qu'il n'en était point ainsi ; qu'au contraire, ayant toute liberté de disposer des choses données comme de ses autres biens, sauf le droit des réserves, mais tel qu'il est déterminé

(1) Code de Hollande, art. 962.

(2) Code de Hollande, art. 962 et 968.

par la loi, l'objection a autant de force dans leur bouche que dans celle des réservataires ; car, si le droit de ceux-ci est digne de faveur, ce n'est que dans les limites fixées par la loi : hors de là, c'est la volonté du propriétaire qui est favorable, et qui, en conséquence, doit être exécutée.

Nous avouons que ces prétentions respectives du réservataire d'une part, et des légataires et donataires d'autre part, sont toutes très-fondées sur les principes et sur la loi, et qu'il est à regretter que le législateur n'ait pas prévenu cette difficulté, dont on ne peut sortir, d'une manière ou d'autre, sans blesser en quelque point ces mêmes principes, sans les faire fléchir sous quelque rapport. On propose (1) bien le moyen suivant, peut-être le plus conciliatoire possible, mais il ne laisse pas que de s'écarter aussi des règles ordinaires.

On dit d'abord qu'il convient que l'ascendant donateur exerce son droit de reprise sur ce qui se retrouve en nature dans la succession, ce qui ne peut être douteux d'après l'art. 747.

On veut aussi que les ascendants réservataires ne soient pas privés de leur réserve, et ils ne peuvent, en effet, l'être avec justice et sans violer la loi.

Mais on veut que, pour calculer le montant de cette réserve vis-à-vis de tout autre réservataire que l'ascendant donateur, on ne considère point les biens repris par l'ascendant, comme s'ils n'avaient été que transitoirement dans son patrimoine ; en sorte que, dans l'espèce supposée d'abord, et en admettant que la réserve ne fût due qu'à une ligne seulement, et à un autre ou à d'autres ascendants que le donateur, la somme totale des biens serait de 75,000 francs au lieu de 100,000 francs, et la quotité disponible étant des trois quarts de cette somme, la réduction s'opérerait en conséquence.

Ainsi, l'on feint que les biens n'ont été que transitoirement dans le patrimoine du donataire, comme ils y auraient été si la donation eût été faite avec stipulation du droit de retour, et que la condition résolutoire se fût réalisée. Mais tout en adoptant nous-même cette solution, faute de meilleure, et enfin parce qu'il faut, dans un cas insoluble, se déterminer pour le parti qui blesse le moins les droits de l'un et de l'autre des intéressés, nous ne pouvons nous empêcher de dire que cette fiction est contraire à la nature du droit de l'ascendant donateur, qui ne reprend les biens par lui donnés que par droit de succession, et non à un autre titre ; d'où il suit qu'ils étaient aussi incommutablement dans le patrimoine du donataire qué les autres biens que celui-ci a laissés à ses autres héritiers ; que cela est si vrai, que, lorsque c'est cet ascendant qui est réservataire, il est obligé de prendre, pour sa réserve, ces mêmes biens, du moins jusqu'à due concurrence, ainsi que nous l'avons dit plus haut, ce qui suppose nécessairement qu'ils étaient dans l'hérédité.

D'ailleurs si, dans l'espèce ci-dessus, l'ascendant donateur était réservataire avec d'autres, nous ne voyons pas comment on pourrait feindre que les biens donnés n'ont été que transitoirement dans le patrimoine du donataire, pour calculer la quotité disponible sur la somme de 75,000 fr. seulement, au lieu de 100,000 fr., à laquelle s'élevaient tous les biens y compris le domaine donné ; car la réserve de l'ascendant do-

(1) M. Toullier, tome V, nº 129 ; mais cet auteur, dans l'exemple qu'il donne, commet une bien grande méprise, et se met en contradiction avec ses propres principes, qui sont aussi les nôtres, et suivant lesquels la disposition que le donataire a faite des biens donnés, soit par donation entre-vifs, soit par testament, fait obstacle au droit de réversion de l'ascendant donateur. Voici cet exemple :

« Un homme meurt, laissant pour héritiers son aïeul paternel et son aïeul maternel ; ses biens s'élevaient à 60,000 fr., savoir : 30,000 fr. donnés par l'aïeul paternel, et 30,000 fr. acquis ; *il a donné tout son bien*. La réserve de l'aïeul paternel sera fixée sur la masse entière de 60,000 fr., et sera par conséquent de 15,000 fr. La réserve de l'aïeul maternel ne sera fixée que sur la masse des 30,000 fr. acquis par le défunt, et ne sera que de 7,500 fr., parce qu'elle ne peut jamais s'étendre sur les biens qu'il n'est point appelé à recueillir. »

Mais M. Toullier oublie donc qu'ici il n'y a plus de réversion au profit de l'ascendant donateur, puisque le donataire a donné *tout son bien*, et en conséquence il n'y a plus de raison d'établir une différence entre les deux réserves : le donateur n'a plus, dans l'espèce, de titre aux 15,000 fr. qu'on lui attribue, que le titre d'ascendant réservataire ; et l'autre ascendant a un titre absolument semblable, et qui doit par cela même produire un droit égal.

Mais dans l'exemple que nous donnons, où le donataire n'a pas disposé de *tout son bien*, et où se trouve, au contraire, en nature ce qu'a donné l'ascendant donateur, on peut très-bien accepter le parti proposé, qui alors a quelque fondement, parce qu'on peut dire, en effet, aux autres ascendants réservataires que leur réserve ne doit pas se calculer sur des biens auxquels ils ne sont point appelés à succéder : et encore y a-t-il, comme on va le voir dans la discussion, quelques objections à faire à ce système.

nateur, qui serait du quart ou du huitième de la succession, selon qu'il serait seul de sa ligne y ayant droit, ou qu'il serait en concours avec un autre dans cette même ligne, se confondant avec son droit de reprise, puisqu'il ne peut cumuler, on ne pourrait dire, avec quelque apparence de raison, que des biens qui servent au payement d'une réserve sont censés ne pas faire partie de la succession. Ainsi, admettons qu'il y ait un autre ascendant réservataire dans l'autre ligne : en pareil cas, la réserve en général est de la moitié des biens, parce que la quotité disponible est de la moitié (art. 915). Si l'on retranche de la masse sur laquelle doit se faire le calcul de la réserve, ou de la quotité disponible, car c'est la même chose, le domaine donné par l'ascendant, qui trouve dans ce domaine sa réserve complète, il ne reste plus que 75,000 francs, dont il reviendrait le quart à l'autre ascendant, qui aurait, en conséquence, l'action en réduction des legs ou donations jusqu'à concurrence de 18,750 fr. seulement. Cette disparité dans la réserve des deux ascendants ne nous toucherait pas, parce qu'on pourrait dire que le donateur a un autre titre que celui de réservataire, et il n'y a rien de surprenant dès lors qu'il ait en définitive plus que l'autre ascendant; mais nous n'en voyons pas moins ici la fiction repoussée, puisque si elle était admise, la réserve serait de 37,500 francs, et le disponible seulement de pareille somme. Or l'on ne pourrait faire autrement que de convenir qu'il est au moins des trois quarts de 75,000 fr., puisque l'ascendant donateur trouve sa réserve entière dans le domaine qu'il reprend, en évaluant la totalité des biens même à 100,000 fr., et non pas à 75,000 fr. seulement. Donc les biens donnés sont pris aussi en considération pour faire le calcul de la réserve : ils le sont évidemment et dans le cas où l'ascendant donateur est seul réservataire, et dans le cas aussi où il est réservataire avec d'autres. Ainsi, ce ne serait que dans celui où il n'aurait aucun droit à la réserve, parce qu'il y aurait des ascendants plus proches en degré dans sa ligne, que l'on pourrait dire avec quelque apparence de raison, que ces biens n'ont été que transitoirement dans le patrimoine du donataire, pour, à l'aide de cette fiction, faire le calcul de la réserve uniquement sur les autres biens de ce dernier.

230. Il se présente encore d'autres difficultés sur l'interprétation de cet article 747, auquel on reproche, et à si juste titre, tant d'obscurité sous plusieurs rapports.

Ainsi, l'on demande si l'ascendant donateur a droit aux biens par lui donnés, lorsque le donataire les a aliénés, mais que, les ayant de nouveau acquis, ces biens se retrouvent en nature dans sa succession.

On demande aussi s'il a droit aux biens qu'il a reçus en échange de ceux qui lui avaient été donnés, et qui se retrouvent également en nature dans son hérédité.

231. Sur le premier point, l'on convient généralement que si les biens sont rentrés dans la main du donataire par suite d'une action en réméré, ou en rescision ou annulation de contrat, c'est comme s'il n'y avait pas eu d'aliénation, parce qu'un contrat anéanti est considéré comme n'ayant pas existé.

A plus forte raison en serait-il de même si le donataire eût simplement vendu les biens sous une condition suspensive qui aurait défailli, ou sous une condition résolutoire qui se serait réalisée, puisque, dans le premier cas, non-seulement il n'y aurait point eu d'aliénation des biens, mais même de vente, et que, dans le second, l'aliénation aurait été effacée, et les choses remises au même état qu'auparavant. (Art. 1168, 1183) (1).

232. Mais lorsque le donataire n'est rentré dans les biens que par l'effet d'un nouveau contrat, ou parce qu'il aurait succédé à l'acquéreur, ou qu'il aurait ensuite reçu de lui ces biens à titre de legs, alors les interprètes du Code sont divisés sur la question de savoir si l'ascendant peut les reprendre (2).

On dit en sa faveur, que les biens étant en nature dans la succession, la condition exigée par

(1) Code de Hollande, art. 1289 et 1183.

(2) MM. Delvincourt et Toullier sont d'un avis favorable à l'ascendant : MM. Merlin et Chabot lui sont contraires.

la loi se trouve remplie, puisque le Code ne demande rien de plus; que l'aliénation intermédiaire ne doit pas être considérée, parce que si la loi a subordonné le droit de l'ascendant donateur à la condition que les biens n'auraient pas été aliénés, c'était afin que les tiers acquéreurs ne fussent pas inquiétés, et pour que le donataire eût par là un droit plus plein que celui résultant d'une donation faite avec stipulation du droit de retour, qu'il pût plus facilement disposer des objets, les hypothéquer, etc.: or, ce but, dans l'espèce, est parfaitement atteint, puisque les biens se trouvent identiquement dans la succession. On ajoute qu'il y aurait de l'inconséquence à permettre à l'ascendant de réclamer le prix, s'il était encore dû, et non les biens eux-mêmes, quoiqu'ils se trouvent encore en réalité dans l'hérédité; que s'il eût pu réclamer le prix non payé, il peut, par la même raison, réclamer l'immeuble que l'acquéreur lui aurait rétrocédé, pour se dispenser, par exemple, de payer le prix qu'il devait encore, ou pour un autre motif. On répond enfin, à l'argument tiré de ce que, dans l'ancienne jurisprudence coutumière, l'ascendant, en pareil cas, ne reprenait pas les biens qu'il avait donnés (1), on y répond en disant que cela n'avait rien d'étonnant, puisque l'ascendant ne succédait à ces biens qu'en qualité de *propres* (2), qualité que l'aliénation faite par le donataire leur avait fait perdre; mais que sous le Code on ne reconnaît plus de *propres*, et par conséquent que la raison qui pouvait paraître décisive dans les anciens principes de nos coutumes, n'a plus aujourd'hui la moindre force, la moindre application; qu'il faut se borner au texte du Code, et que le texte du Code assure à l'ascendant donateur le droit de succéder, à l'exclusion de tous autres, aux biens par lui donnés à son descendant décédé sans postérité, pourvu que ces biens se retrouvent encore en nature dans la succession, et au prix de ces mêmes biens s'ils ont été aliénés, pourvu aussi que ce prix soit encore dû. Or, dans l'espèce, les biens se retrouvent en nature dans l'hérédité.

A l'appui de l'opinion contraire, on dit qu'ils ne se retrouvent pas dans la succession *au même titre*, comme biens *donnés* par l'ascendant, et que cette circonstance a fait défaillir la condition à laquelle était subordonnée la réversion.

Mais comme c'est résoudre la question par la question, nous n'étendrons pas plus loin l'analyse des raisonnements que l'on fait valoir contre l'ascendant. Il ne nous est, en effet, nullement démontré que la loi ait subordonné le droit de l'ascendant à la condition que les biens se retrouveraient *au même titre* dans la succession, puisqu'elle n'en parle pas, que sa disposition à cet égard est conçue d'une manière pure et simple, qu'elle donne même le droit de réclamer le prix s'il est encore dû, c'est-à-dire s'il n'a point été confondu dans le patrimoine du donataire, s'il peut encore être discerné de ses autres biens : or les biens reçus en contre-échange peuvent parfaitement être distingués des autres. Ajoutons avec M. Delvincourt, que le droit de l'ascendant donateur est très-favorable aux yeux de la loi, puisque, quant à ce droit, elle préfère l'ascendant à tout autre que les descendants du donataire, tandis que relativement aux autres biens elle lui préfère, soit des ascendants plus proches, soit les frères et sœurs du défunt et leurs descendants. Or, dans le doute, et en admettant qu'il y ait doute, le parti le plus digne de faveur doit l'emporter.

233. Sur la seconde question, M. Chabot lui-même (3), qui est cependant contraire à l'ascen-

(1) C'était, en effet, la décision de Lebrun, et de presque tous ceux qui ont écrit sur la matière dans les anciens principes coutumiers.

(2) Raison pour laquelle, comme nous l'avons dit plus haut, ce droit ne s'exerçait qu'à l'égard des immeubles.

(3) M. Delvincourt est également de cet avis; il s'exprime ainsi : « Si l'objet donné a été échangé par le donataire, l'ascendant succédera-t-il à l'objet reçu en contre-échange? Pour pouvoir répondre à cette question, il faut répéter ce que nous avons déjà fait observer, que le Code civil, plus favorable que l'ancien droit à l'ascendant donateur, lui donne le droit de succéder même au prix de l'objet vendu, si toutefois ce prix est encore dû : or, quel peut être le motif de cette dernière condition, sinon que la loi n'a voulu accorder ce droit de succession à l'ascendant donateur qu'autant que l'objet donné, ou le prix qui le représente, n'est pas confondu avec les autres biens de la succession ? La loi admet donc la subrogation réelle dans cette espèce de succession, sous la seule condition qu'il n'y aura pas eu confusion. Pourquoi donc ne l'admettrait-on pas à l'égard de l'objet reçu en contre-échange, qui peut être regardé comme le prix de l'aliénation, et que l'on suppose pouvoir être discerné facilement des autres biens du donataire ? »

On peut ajouter que, dans l'ancienne jurisprudence, la subrogation était admise, quoique le donateur n'eût aucun droit au prix de l'immeuble vendu : à plus forte raison, doit-elle avoir lieu sous le Code, qui accorde même au donateur le droit au prix, s'il est encore dû.

dant sur la première, décide, après avoir assez longuement rapporté les objections qu'on peut faire, que l'ascendant a le droit de reprendre les biens reçus par le donataire en échange de ceux qui lui avaient été donnés ; qu'à la vérité, en principe, il n'y a de subrogation d'une chose à une autre que dans les cas expressément prévus par la loi, parce que les subrogations sont de droit étroit et ne s'étendent point par analogie (1), mais que ce principe n'est pas applicable au cas où la subrogation est personnelle, c'est-à-dire d'une personne aux droits généraux d'une autre, et non pas seulement réelle, ou d'une ou plusieurs choses à une ou plusieurs autres; qu'alors elle a pour effet de s'étendre aux choses qui ont été substituées à la place de celles qui ont été aliénées (2).

Cela est vrai surtout quand elles l'ont été aussi par voie d'échange, mode qui admet d'autant plus facilement la subrogation que la loi la reconnaît même à l'égard des biens dotaux (3) (article 1559) (4), quoiqu'elle eût déclaré d'abord que l'immeuble acquis des deniers dotaux ne serait point dotal, si la condition de l'emploi n'avait pas été stipulée dans le contrat de mariage. Or la subrogation est ici à titre universel : elle est de la personne à la personne, puisque l'héritier est le subrogé du défunt, et que le donateur est héritier.

Il y a sans doute des objections à faire à cette décision, mais nous les passerons sous silence, parce que leur discussion nous entraînerait trop loin. Nous pensons donc aussi, avec la plupart des commentateurs du Code, mais après avoir hésité, que le donateur a droit aux biens reçus par le donataire en contre-échange de ceux qui lui avaient été donnés, et qui sont encore dans la succession.

234. D'autres cas encore peuvent se présenter, et ils offrent, selon nous, encore plus de difficulté que les précédents ; ils font vivement sentir combien la loi sur cette matière eût mérité plus de développements, ainsi que l'ont observé tous les jurisconsultes qui ont analysé cet article 747, et dont plusieurs se sont fait les questions suivantes (5), à peu près dans les mêmes termes.

1° Lorsque l'ascendant avait donné une somme en argent monnayé, et que dans la succession il se trouve aussi du numéraire, en même quantité, ou pour une somme plus forte ou moindre, mais sans qu'il y ait preuve, par un bordereau constatant les espèces données, ou par une déclaration du donataire, que les espèces retrouvées sont identiquement les mêmes que celles qui avaient été données, ces dernières sont-elles censées (du moins jusqu'à due concurrence) être retrouvées *en nature*, de manière que l'ascendant ait le droit de les reprendre ?

2° Toujours si c'est une somme d'argent qui a été donnée, et qu'il ne se trouve dans la succession que des obligations, des billets, des effets publics (tels que des inscriptions sur le grand-livre, ou des bons du trésor), ou des billets de la banque de France, ou des actions sur cette banque, ou au porteur sur telle ou telle entreprise, y a-t-il également lieu de dire que la somme donnée est censée se retrouver en nature dans la succession ?

3° *Vice versa*, si ce sont des obligations, des billets, des effets publics ou des actions, qui ont été donnés, et qu'il n'y ait plus dans la succession que du numéraire, y a-t-il lieu de dire la même chose ?

Et *quid*, dans l'espèce, s'il se trouve dans la succession des billets ou des obligations signés d'autres personnes que celles qui avaient signé les premiers ?

(1) Ce qui est bien démontré par l'art. 1553, où l'on voit que l'immeuble acquis des deniers dotaux n'est point dotal, si la condition de l'emploi n'a été stipulée par le contrat de mariage. Le même principe se trouve dans une foule de dispositions du droit romain, notamment dans la L. 8. Cod. *Si quis alteri et sibi*; L. 4, Cod. *Comm. utriusq. jud*; L. 6, Cod. *de Rei. vind.*; L. 48, § ult., ff. *de Furtis*; L. 22, Cod. *de Jure dotium*; L. 7, § 1, ff. *Qui potiores in pign.*

Cependant il y avait quelques exceptions. *Voyez*, à cet égard, notre Traité *des Contrats*, n° 781.

(2) Comme on en voit un exemple dans l'art. 132, et dans plusieurs lois romaines, telles que les LL. 70, § 3; 71 et 72, ff. *de Legat.* 2°. C'est aussi ce qu'enseignent Renusson et tous les auteurs qui ont traité de la *Subrogation*. *Voyez* encore notre Traité *des Contrats*, au même endroit.

Au surplus, il faut bien prendre garde d'étendre cela trop loin quant à l'application de notre art. 747. Nous ne parlons maintenant que du cas d'échange; nous allons en examiner d'autres.

(3) Elle l'admet aussi dans le cas d'échange d'un propre de communauté (art. 1407), et, comme nous venons de le dire, elle l'admet d'une manière bien plus générale encore dans le cas prévu à l'article 132.

(4) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(5) On les trouve présentées et discutées dans le Commentaire de M. Chabot, mais avec un peu de diffusion, et quelquefois d'après des raisonnements dont la justesse est très-contestable.

4° Enfin, s'il ne se trouve plus dans la succession le numéraire, les obligations, les billets, les effets publics, les actions, qui avaient été donnés, mais qu'il s'y trouve des objets acquis à titre onéreux par le donataire, soit meubles, soit immeubles; ou si, après avoir aliéné les biens meubles ou immeubles qui lui avaient été donnés, il a acquis d'autres biens, toujours à titre onéreux, et qui sont encore dans l'hérédité, y a-t-il lieu à la reprise?

Y a-t-il lieu surtout à la reprise lorsque le donataire ayant reçu de l'argent, des billets, etc., il a fait une acquisition, soit d'un fonds de commerce, soit d'une charge, soit d'un immeuble, et qu'il a déclaré employer à cette acquisition les objets à lui donnés par son ascendant?

235. Sur le premier cas (1), M. Chabot, après avoir rapporté la discussion qui a eu lieu (dit-on) au conseil d'État sur l'art. 747, dit avec raison qu'elle ne jette réellement aucun jour sur ces difficultés, qu'elle est tout aussi obscure que la rédaction de l'article lui-même; et il ajoute que tous les commentateurs se sont trouvés très-embarrassés pour expliquer ces mots de l'article, *qui se retrouvent en nature dans la succession*, à tel point que, suivant M. Malleville, la reprise doit toujours avoir lieu, soit que la donation consiste en meubles, soit qu'elle consiste en immeubles, excepté seulement dans le cas où l'objet donné a péri dans la main du donataire, ou a été dissipé par lui *sans emploi utile;* mais que MM. Grenier et Toullier pensent qu'il doit y avoir exception pour d'autres cas encore que ceux (ou celui, car en réalité il n'y en a qu'un quant au résultat) indiqués par M. Malleville; enfin, que d'autres s'en tiennent à la lettre de l'article, et disent que la réversion ne doit avoir lieu que lorsque les objets donnés se retrouvent en nature matériellement, ou au moins virtuellement, parce que le prix en est encore dû, s'ils ont été aliénés, ou parce qu'il existe une action en reprise.

M. Chabot n'exprime son opinion qu'avec une extrême défiance, dit-il, parce que la lettre de la loi paraît opposée; mais cependant il se détermine à décider que, lorsque l'ascendant a donné une somme d'argent, sans faire un bordereau des espèces, et que dans la succession du donataire il se trouve du numéraire, la réversion doit avoir lieu jusqu'à due concurrence, sans que l'ascendant soit tenu de prouver que le numéraire qui existe dans la succession du donataire est *identiquement* le même que celui qu'il avait donné. Et, se laissant entraîner par voie de conséquence des motifs qui l'ont déterminé, et que nous allons reproduire succinctement (toutefois en en faisant sentir le vice), M. Chabot décide également que si des obligations, des billets, des effets publics, ont été donnés par l'ascendant, et qu'ils n'existent plus dans la succession du donataire, mais du numéraire s'y trouvant, l'ascendant a le droit de réversion jusqu'à due concurrence, et par les mêmes motifs que dans le premier cas; parce qu'en effet, dit-il, ces obligations, ces billets, ces effets publics, ne sont pas autre chose que la représentation du numéraire que les souscripteurs ont reçu et se sont obligés de rendre : ce sont des titres qui donnent au possesseur l'action pour ravoir son argent. Le possesseur est donc censé avoir dans son patrimoine l'argent même en nature; car, en droit, celui qui a l'action pour ravoir sa chose, est censé avoir en nature sa chose elle-même, d'après la règle : *Id apud se quis habere videtur, de quo habet actionem; habetur enim quod peti potest.* L. 143, ff. *de Verb. signif.* (2). Enfin, il décide de la même manière les troisième et quatrième cas.

Le fondement de son opinion sur le premier, c'est que le numéraire est au nombre des choses dites fongibles, c'est-à-dire de celles qui sont re-

(1) Mais ensuite il est entraîné par voie de conséquence, un peu trop facilement peut-être, à décider les autres cas de la même manière.

(2) Cela est vrai, sans doute, sous plusieurs rapports, mais non sous d'autres, et c'est précisément sous ces derniers que peut être envisagée la question qui nous occupe, c'est-à-dire, quel est le véritable sens de ces mots, *qui se retrouvent en nature dans la succession?*

Ainsi, dit très-bien Vinnius sur le § 2, INSTIT. *Quib. alien licet : Proprie tamen loquendo, nec ipsa sors nostra manet; nec enim quod nobis debetur, quod est in credito, proprie nostrum est. Nemo autem rem suam (nisi uno casu) condicit, aut sibi dari oportere intendit.* LL. 27, § 2, et 34, *princip.* ff. *de Usur. arg. mund. leg.*; et § 14, INSTIT. *de Actionib.* La règle citée par M. Chabot est vraie quand il s'agit d'une action réelle; mais ce que nous ne pouvons réclamer que par action personnelle n'est pas encore notre chose, *res nostra*, du moins elle ne l'était pas dans les anciens principes : cette chose *est nôtre* uniquement par équipollence.

présentées dans les payements par des choses de la même espèce, en même quantité et qualité (1), et qu'il est censé se retrouver en nature toutes les fois qu'il y en a d'autres dans la succession pour le représenter. A ce sujet, il cite toutes les règles sur le prêt de consommation, ainsi que les décisions de Pothier, et autres, pour démontrer qu'un emprunteur rend en *nature* ce qu'il a emprunté, quand il rend des choses de même espèce et de même qualité, et en quantité égale. Il ajoute enfin que le genre tient lieu de l'espèce dans les choses dites fongibles, et que tant que le genre tout entier n'a pas péri, *l'espèce* subsiste encore en nature; par conséquent, selon lui, tant qu'il se trouve du numéraire dans la succession, on peut dire que celui qui avait été donné par l'ascendant existe encore en nature dans celui qui avait été donné.

236. Il y a ici abus de principes incontestables.

Personne ne niera qu'en matière de prêt de consommation une chose ne représente parfaitement une autre chose de même espèce et de même qualité; que 100 fr., par exemple, ne représentent parfaitement 100 francs, quand bien même ce ne serait pas dans la même monnaie, parce qu'ici c'est uniquement la valeur que l'on considère (2); que dix hectolitres de froment de tel endroit, de telle qualité, ne représentent parfaitement aussi dix hectolitres de froment du même lieu et de la même qualité : car assurément quand on dit qu'un emprunteur s'est libéré *en nature*, qu'il a rendu en nature les choses qu'il avait empruntées, on entend dire qu'il s'est libéré par *équipollence*, parce que, à l'égard des choses fongibles, *totidem idem est.* Mais la question n'est pas là, elle est tout entière dans le point de savoir si les rédacteurs du Code ont entendu, par ces mots de l'art. 747, *lorsque les objets donnés se retrouvent en nature dans la succession*, une simple équipollence comme en matière de prêt. Et avancer qu'en droit, quand il s'agit de choses dites fongibles, l'espèce est toujours représentée par le genre, que l'espèce subsiste tant que le genre entier n'est pas anéanti, que l'espèce existe toujours *en nature* dans une autre espèce du même genre, c'est une proposition fausse, qui doit être relevée, lors même que, par d'autres motifs, on devrait adopter les résolutions de l'auteur sur les points en question.

En effet, cela n'est vrai qu'à l'égard des débiteurs de quantités, comme sont les emprunteurs par prêt de consommation, et bien d'autres encore; mais cela n'est pas exact à l'égard de tous autres. Le droit romain nous en fournirait la preuve par plusieurs de ses textes (3), et le Code civil lui-même, en reproduisant les dispositions de ce droit à ce sujet, nous en fournit une irrécusable; c'est l'article 1238 (4), ainsi conçu :
« Pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en payement, et capable de l'aliéner.

« Néanmoins le payement d'une somme d'argent ou autre chose qui se consomme par l'usage, ne peut être répété contre le créancier qui l'a consommée de bonne foi, quoique le payement en ait été fait par celui qui n'en était pas propriétaire ou qui n'était pas capable de l'aliéner (5). »

S'il était vrai, comme le dit M. Chabot d'une manière trop absolue, que, dans les choses dites fongibles, l'espèce existe encore en nature tant que le genre n'est pas totalement détruit (anéantissement que l'on ne peut guère concevoir comme possible), il s'ensuivrait que la disposition de ce texte ne présenterait qu'une vaine illusion au

(1) *Voyez* au tome IV, nos 12 et suivant, ce que nous avons dit au sujet des choses dites fongibles, en parlant de la *Division des biens*.

(2) A moins encore que les parties n'eussent entendu que la propriété des choses ne serait point transférée : qu'il n'y en aurait que le simple usage concédé pour tel ou tel temps, mais alors ce ne serait plus un prêt de consommation. *Voyez* ce qui a été dit sur ce point au même endroit.

(3) *Voyez* notamment la L. 11, § 2; L. 19, § 2, ff. *de Rebus credit.*; L. 78, ff. *de Solut*; et le § 2, INSTIT. *Quib. alien. licet, vel non.*

Voyez aussi Vinnius sur ce paragraphe; Donellus sur la L. 11 précitée, et Godefroy, en ses notes sur la L. 19 ci-dessus. *Voyez* également notre Traité *des Contrats*, n° 699.

(4) Code de Hollande, art. 1420.

(5) L'art. 1250, n° 2, nous fournit aussi une preuve qu'aux yeux de la loi, du numéraire ne remplace pas toujours du numéraire, puisque le débiteur qui a emprunté une somme pour payer son créancier ne confère la subrogation au prêteur qu'autant que l'acte d'emprunt fait mention du motif de l'emprunt, et que la quittance porte que le payement a été fait des deniers empruntés. Il n'y a pas ici de substitution, et l'on n'y admet aucune fiction quelconque : les espèces sont considérées *tanquam corpora*.

créancier qui, de fait, aurait réellement consommé la chose à lui payée ; car on lui dirait : La chose qui vous a été payée existe encore en nature dans vos mains, par cela seul qu'il en existe encore de même espèce, soit chez vous, soit ailleurs. Mais n'allons pas aussi loin que voudrait nous entraîner M. Chabot, par la fausse application qu'il fait à tous les cas quelconques où il s'agit de choses fongibles, des principes du prêt de consommation, et des autres dettes de quantité : supposons qu'il eût lui-même, dans le cas de l'art. 1238, restreint sa décision, et qu'il eût regardé les choses comme consommées, comme n'existant plus en nature, par cela seul que le créancier n'en aurait pas eu d'autres du même genre : eh bien ! il eût encore été dans l'erreur, car très-certainement les choses réellement consommées par le créancier n'auraient pas existé en nature dans le sens de cet article, quoique ce créancier en eût eu d'autres du même genre dans son patrimoine. Par exemple, si on lui eût payé 300 fr. qui n'appartenaient point à celui qui les lui payait, et qu'il eût lui-même, de bonne foi, compté ces 300 fr., à un de ses créanciers ; qu'il fût bien prouvé que c'étaient les mêmes 300 fr., *puta*, parce que les deux payements auraient eu lieu au même moment, et qu'un acte le constaterait : certainement, et très-certainement, celui à qui les espèces appartenaient n'aurait pu les réclamer, ni en réclamer d'autres de même valeur du créancier qui les avait reçues, quand bien même celui-ci eût avoué avoir chez lui cent fois cette somme.

237. Les interprètes du droit romain ne sont pas, il est vrai, parfaitement d'accord sur les circonstances auxquelles on doit reconnaître que des espèces ont été consommées (1) ; mais tous du moins décident que lorsqu'elles l'ont été, le principe reproduit dans notre article 1238 est applicable, et que le créancier ne peut plus être attaqué en restitution, ni par action en revendication des espèces elles-mêmes, ni par action personnelle, pour en rendre autant et de même valeur à celui à qui elles appartenaient ; preuve bien évidente que, dans ce cas, les choses fongibles se consomment réellement en *espèces*, et qu'il n'est pas nécessaire que le genre dont elles faisaient partie, même en le limitant infiniment, n'existe plus pour qu'elles soient censées ne plus exister elles-mêmes.

238. Les décisions de M. Chabot, même celle qu'il donne sur le premier cas, ne reposent donc que sur un fondement vicieux en droit. A présent, si l'on étend ces observations au cas où de l'argent ayant été donné, on ne retrouve plus que des billets au bout peut-être de quinze ou vingt ans, et plus encore, ou que des billets ayant été remis, on ne retrouve plus que de l'argent ; ou enfin que de l'argent ou des billets ayant été donnés, le donataire laisse des biens qu'il a acquis à titre onéreux, sans que, surtout, les actes d'acquisition fassent mention de l'emploi de ce qu'il avait reçu, à combien de fictions n'est-on pas obligé de recourir pour prétendre que les choses trouvées dans la succession sont, *en nature,* celles qui avaient été données ! Combien de subrogations successives ne faut-il pas imaginer pour arriver à ce résultat, quand précisément la loi ne reconnaît de subrogation que dans les cas prévus par elle ?

(1) Ils conviennent bien tous qu'elles sont consommées par la fonte qu'on en aurait faite, ou par tout autre procédé propre à enlever à l'argent sa forme primitive, et par conséquent son caractère légal. Ils tombent aussi d'accord qu'il y a consommation des espèces comptées à une personne, lorsqu'elles sont tellement mêlées avec les siennes propres, qu'elles n'en peuvent plus être distinguées. Donellus sur la L. 11, ff. *de Rebus creditis*; Vinnius sur le § 2, Instit. *Quib. alienare licet, vel non.* Mais Godefroy ayant écrit, en ses notes sur la L. 19, § 1, ff. *de Rebus creditis*, que les espèces sont censées consommées lorsque celui à qui elles ont été comptées les a lui-même données en payement à un autre, ou prêtées à un tiers, Vinnius dit à ce sujet : *Non est mirum, nullos apud auctores plures et crassiores errores reperiri, quam apud scriptores notarum : quippe quibus tempus non est vanno aut cribro utendi*; et Vinnius a raison dans les principes du droit romain, où incontestablement si les espèces qui sont maintenant dans la main d'une troisième personne pouvaient être démontrées comme étant celles-là même qui ont été d'abord données en payement par un débiteur qui n'en était pas propriétaire, ou par une personne qui n'avait pas capacité pour les aliéner, tel qu'un pupille qui a payé sans l'autorisation de son tuteur, la revendication de ces mêmes espèces aurait lieu de la part du propriétaire ou du pupille. Mais chez nous il en serait autrement, à cause de la règle : *En fait de meubles, possession vaut titre* (art. 2279) ; ce qui ferait considérer, avec Godefroy, comme une consommation des espèces, dans le sens de l'art. 1238, le fait de celui qui, ayant reçu en payement des deniers qui n'appartenaient pas à son débiteur, ou qui les avait reçus de son débiteur incapable, les aurait lui-même donnés en payement à son créancier, ou les aurait prêtés à un tiers.

Pourquoi, lorsque les objets donnés ont été aliénés par le donataire, l'article 747 ne donne-t-il au donateur le droit d'en réclamer le prix qu'autant que ce prix serait encore dû? C'est bien évidemment parce que la confusion qui en aurait été faite avec les autres deniers du donataire ne permettant plus de discerner ceux qui provenaient des objets aliénés, la loi a regardé comme tout fini, tout consommé à cet égard. Or, dans le système de M. Chabot, la loi, pour être conséquente, n'eût pas dû faire éteindre le droit de l'ascendant par la seule réception du prix; elle n'eût pas même dû le faire éteindre par la consommation réelle de ce prix : il n'eût dû s'éteindre que par la seule circonstance que le donataire qui a reçu ce prix, on le suppose, n'aurait laissé dans sa succession ni argent comptant, ni créances, ni actions, ni effets publics ou privés. Cela est clair comme le jour, puisque l'ascendant avait droit à ce prix, que ce prix était de l'argent, et que cet argent ne s'est point consommé en entrant dans la main du donataire, attendu, suivant le système de M. Chabot, que l'argent est représenté par de l'argent, et même par l'obligation de ceux à qui on l'a ensuite prêté, bien mieux, par les biens-fonds que le donataire aurait achetés avec cet argent, ou le produit de ses créances; en un mot, que cet argent est censé exister en nature dans celui qui est trouvé dans la succession, dans ces créances ou dans ces biens-fonds.

Mais n'est-il pas possible, et M. Chabot lui-même se fait cette objection, à laquelle il ne répond que d'une manière qui ne répond point à la difficulté (1), n'est-il pas possible que l'argent trouvé, que les obligations, les billets, les effets publics, proviennent en tout ou très-grande partie des revenus du donataire, de ses épargnes, de son industrie, de ses bénéfices commerciaux, du remboursement de ses autres capitaux, etc., etc? Et comment, dans la plupart des cas, discerner leur véritable origine, après peut-être dix, vingt ou trente ans, et dix, vingt ou trente *revirements* ou mutations, après toutes les vicissitudes que la fortune du donataire peut d'ailleurs avoir éprouvées depuis la donation? C'est précisément cette impossibilité qui a fait décider, dans tous les cas, en matière de choses fongibles, qu'elles étaient censées consommées lorsqu'elles avaient été confondues avec les autres choses de la personne, de manière à n'en pouvoir plus être distinguées avec certitude, et qui a fait que les rédacteurs du Code ont exigé, pour que l'ascendant donateur pût reprendre les choses par lui données, que ces choses *se retrouvassent en nature dans la succession du donataire :* autrement ils auraient été en grande contradiction de vue avec eux-mêmes, en ne lui donnant droit au prix de celles qui auraient été aliénées qu'autant que ce prix eût encore été dû, et en ne lui accordant pas aussi le droit de réclamer dans le cas où il se serait trouvé du numéraire dans la succession, ou des créances sur des tiers représentant ce prix, placé entre leurs mains, surtout quand il aurait été bien justifié que cet argent trouvé dans l'hérédité était identiquement le même que celui qui avait été payé par les acquéreurs des biens, ou que les deniers placés chez les tiers étaient absolument les mêmes; preuve qui, dans le système de M. Chabot, n'eût pas même dû paraître nécessaire. Or, assurément, l'ascendant n'aurait cependant pas droit à ce prix, que nous supposons avoir été payé; ou bien il faudrait rayer de l'art. 747 ces mots : *Le prix qui peut en être dû.*

Ainsi, nous ne saurions être de l'avis d'un arrêt de la cour de Rouen, du 11 janvier 1816 (Sirey, 1816, II,49), confirmé par arrêt de rejet du 30 juin 1817 (Sirey, 1817, I, 313), qui a jugé que le droit de réversion de l'ascendant donateur a lieu pour toutes les sommes données en *numéraire*, quoiqu'il ne se trouve dans la succession du donataire que des effets de commerce, des obligations ou des contrats. S'il en était ainsi, ce serait véritablement effacer de l'art. 747 une des conditions sous lesquelles la réversion est accordée : *si les choses se trouvent en nature dans la succession.*

239. Nous convenons, au surplus, que si une somme ayant été donnée, cette somme a été

(1) Il dit que s'il est *prouvé* que les deniers ou effets trouvés dans la succession proviennent des revenus ou économies du donataire, ou du remboursement de ses autres capitaux, ou de la vente de ses biens particuliers, l'ascendant ne pourra les réclamer; ce qui ne saurait être douteux : mais c'est l'impossibilité de faire cette preuve au bout d'un long temps qui rend cette réponse tout à fait insuffisante.

placée à l'instant même (ou du moins que les deniers n'aient pas été confondus avec les autres deniers du donataire), et qu'elle soit encore due par l'emprunteur au moment de l'ouverture de la succession, et autres cas analogues où il serait démontré qu'il n'y a pas eu de confusion, nous tombons d'accord, disons-nous, que l'ascendant donateur peut la reprendre; qu'il peut aussi reprendre les billets, les créances, les contrats qu'il a donnés, cédés, transportés à titre gratuit, et qui n'ont point encore été acquittés par payement, compensation, ou de toute autre manière; parce qu'il est vrai de dire, dans ces cas, que la chose existe en nature et identiquement.

240. Mais nous n'admettons pas qu'il puisse réclamer les biens acquis à titre onéreux par le donataire, à qui il n'avait donné que du numéraire ou des effets ou contrats, à moins que celui-ci n'eût déclaré, dans les actes d'acquisition, qu'il faisait lesdites acquisitions avec l'argent ou les autres objets qui lui ont été donnés par son ascendant, ce qui sera bien rare; et encore cette opinion est-elle douteuse (1), car ce qui est acquis avec des deniers dotaux n'est point dotal (2); ce qui est acquis avec le produit d'un objet hypothéqué n'est point hypothéqué (3); ce qui est acquis avec mon argent, sans mon mandat, et même avec l'argent qui m'est volé, ne m'appartient pas (4), etc. : preuves incontestables que les principes ne permettent pas de créer arbitrairement des subrogations. Et si, d'une part, le droit de l'ascendant est digne de faveur, et nous l'avons dit nous-même, d'autre part, il ne faut pas oublier que ce droit est une succession anomale dont, par conséquent, on ne doit pas étendre les limites au delà du point fixé par la loi.

241. Au surplus, l'ascendant succède aussi à l'action en reprise que pouvait avoir le donataire, et c'est le troisième chef, si l'on peut s'exprimer ainsi, du droit que la loi lui attribue. C'est par l'explication de ce dernier point que nous terminerons nos observations sur cet art. 747, article si important, mais si incomplet, si obscur.

242. L'ascendant ayant l'action en reprise que pouvait avoir le donataire, dans le cas où celui-ci a aliéné les objets donnés (5), il s'ensuit que si une chose quelconque, même de l'argent, a été donnée en dot à une fille ou petite-fille, par son père, sa mère, ou un ascendant d'un degré supérieur, le donateur a l'action en reprise de la dot, telle que la donataire décédée l'aurait eue, soit qu'elle fût mariée sous le régime en communauté, soit qu'elle le fût sous celui d'exclusion de communauté, soit enfin qu'elle eût adopté le régime dotal proprement dit; par conséquent, il ne l'a que sous les distinctions et avec les obligations qui sont expliquées au titre *du Contrat de Mariage,* distinctions et obligations dans lesquelles nous ne pouvons entrer ici, d'autant mieux que le principe posé ci-dessus, que l'action qu'aurait eue la donataire appartient à l'ascendant, suffit pour résoudre tous les cas (6) : aussi, si c'était le mari qui fût donataire, l'ascendant ne reprendrait dans la communauté de celui-ci (en le supposant marié en communauté), que ce que ce dernier ou ses héritiers avaient le droit de reprendre par rapport aux choses données et entrées en communauté, d'où il suit que si cette communauté ne suffisait pas pour fournir aux reprises de la femme et payer les dettes, comme on le prévoit dans l'art. 1472 (7), le mari n'ayant rien à reprendre, l'ascendant ne reprendrait rien non plus à ce sujet.

243. L'ascendant succède pareillement à l'action en réméré, ou en rescision pour cause de lésion, qu'avait le donataire, ainsi qu'à celle en résiliation pour défaut de payement du prix, ou en annulation de contrat pour vice de forme, incapacité, erreur, dol ou violence, et même en révocation de donation pour inexécution des con-

(1) Elle l'est beaucoup plus assurément que celle que nous avons émise sur le cas d'échange, parce que les lois admettent bien plus facilement la subrogation en matière d'échange qu'en matière d'achat : nous en avons cité des exemples.

(2) L. 12, Cod. *de Jure dot.*; article 1553, Cod. civ.

(3) L. 7, § 1, ff. *qui Potiores in pig.*

(4) L. 8, Cod. *Si quis alteri vel sibi*; L. 48, § ult., ff. *de Furtis.*

(5) A plus forte raison s'il ne les a point aliénés, mais qu'un tiers les possède, avec ou sans titre, avait-il l'action, et l'a-t-il transmise à l'ascendant.

(6) *Voyez*, au surplus, les articles 1407, 1468 à 1471 inclusivement, 1473, 1531 à 1539 aussi inclusivement, et 1564 à 1570.

(7) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

ditions, ou pour cause d'ingratitude, dans les cas où les héritiers du donataire auraient eu eux-mêmes l'action pour cette cause. En un mot, toute action en reprise qu'avait le donataire relativement aux biens donnés appartient également à l'ascendant du donateur.

244. Mais aussi, dans le cas où le donataire eût été obligé de restituer quelque chose à l'autre partie, comme dans celui de réméré ou de rescision pour cause de lésion, parce que le donataire vendeur avait reçu tout ou portion du prix de la vente, l'ascendant doit pareillement le restituer, sans pouvoir s'en faire faire raison par les autres héritiers, ni même l'imputer sur la portion des dettes qu'il doit supporter au *prorata* de son émolument, suivant ce qui a été dit plus haut; car il reprend les biens dans l'état où ils se trouvent, sauf ce que nous avons dit sur le cas où ils sont simplement hypothéqués. La loi lui donne bien l'action en reprise, mais elle ne la lui donne que telle qu'elle existe, par conséquent avec les charges qui y sont attachées. L'exercice de cette action ne doit préjudicier en rien aux autres héritiers : or elle leur préjudicierait s'ils étaient obligés de contribuer à ces charges. Tout ce que la loi a voulu, c'est que l'ascendant donateur l'eût de préférence à eux; il doit donc l'exercer à ses risques et périls, ainsi que supporter personnellement les obligations corrélatives qui y seraient attachées.

245. Il n'a même aucune indemnité à réclamer des héritiers pour les détériorations que le donataire aurait commises sur les biens donnés, soit en abattant des futaies, soit en démolissant des bâtiments, en arrachant des vignes, etc., soit enfin, ainsi que nous l'avons dit, en constituant sur lesdits biens des servitudes ou des droits d'usufruit ou d'usage au profit des tiers : nous répéterons encore qu'il ne reprend les biens que dans l'état où ils se trouvent.

246. De ce que l'ascendant n'a point d'indemnité à réclamer pour les détériorations, M. Toullier en conclut que, réciproquement, il ne devrait aucune récompense ou rapport aux autres héritiers pour les améliorations que le donataire aurait faites, même pour les constructions importantes, parce qu'il serait injuste, suivant cet auteur, de forcer à payer des récompenses pour des améliorations celui qui ne pourrait réclamer d'indemnité pour des dégradations; qu'il n'en doit pas être de lui comme d'un héritier assujetti au rapport envers ses cohéritiers, cas dans lequel, si l'héritier leur doit des indemnités pour la dépréciation qu'il a causée aux biens, du moins il peut en répéter pour la plus value qu'il leur a procurée (art. 861 et 862) (1). Mais ce raisonnement de M. Toullier n'est point du tout concluant : c'est confondre les principes du droit commun avec ceux qui régissent un cas spécial. L'ascendant ne reprend les biens qu'il avait donnés que par une faveur de la loi, et la loi dit qu'il ne les reprend que dans l'état où ils se trouvent : aussi s'il eût fait une stipulation de retour, lui serait-il dû indemnité pour les dégradations. Mais cette faveur de la loi ne va pas jusqu'à faire fléchir à son profit les règles du droit commun, qui ne permettent pas qu'on s'enrichisse aux dépens d'autrui, ou qui veulent qu'un héritier rapporte à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt, directement ou indirectement (art. 843) (2). M. Toullier n'oserait probablement pas dire que si un absent revenait après l'envoi en possession définitif de ses biens, qu'il les trouvât singulièrement augmentés de valeur par des dépenses faites avec l'argent des envoyés en possession, ce propriétaire ne devrait aucune indemnité à ces derniers, parce qu'ils ne lui en auraient dû aucune pour les dégradations qu'ils auraient laissées survenir, sans en avoir profité, l'absent, en pareil cas, reprenant ses biens dans l'état où ils se trouvent (art. 132) (3); et cependant le raisonnement de M. Toullier serait également applicable. Dans le droit romain aussi, et l'on devrait décider la même chose chez nous, le possesseur de bonne foi d'une hérédité n'était tenu de la dépréciation des biens que *quatenus locupletior factus erat;* et néanmoins, s'il avait fait des améliorations avec ses deniers, il lui en était dû indemnité : seulement il se faisait une balance générale, comme elle devrait se faire aussi dans le cas dont il s'agit.

(1) Code de Hollande, art. 1139.
(2) Ibid., art. 1132.
(3) Code de Hollande, art. 542.

SECTION V.

DES SUCCESSIONS COLLATÉRALES.

SOMMAIRE.

247. *Le troisième ordre d'héritiers est celui des collatéraux : texte de l'article 750.*
248. *Les frères, sœurs, ou leurs descendants, succèdent, à l'exclusion des ascendants autres que les père et mère.*
249. *Encore que les frères ou sœurs n'eussent été unis au défunt que d'un seul côté.*
250. *Il en est de même des enfants des uns et des autres.*
251. *Le frère utérin ou son descendant exclut même l'aïeul paternel, et le frère consanguin ou son descendant exclut l'aïeul maternel.*
252. *Comment sont appelés les frères ou sœurs, ou leurs descendants, avec les père et mère, ou le survivant de ceux-ci.*
253. *Concours des frères ou sœurs consanguins ou utérins, ou descendants d'eux, avec les père et mère, ou le survivant de ces derniers, et avec des frères ou sœurs germains, ou leurs descendants.*
254. *Suite.*
255. *Concours d'ascendants dans une ligne avec des collatéraux de l'autre ligne, autres que des frères ou sœurs, ou descendants d'eux.*
256. *Il n'y a aucune différence à faire entre le cas où ces collatéraux appartiendraient à la même branche, dans leur ligne, et celui où ils appartiendraient à des branches diverses.*
257. *Droit spécial du père ou de la mère à l'usufruit du tiers des biens auxquels ils ne succèdent pas en propriété.*
258. *Cet usufruit n'a lieu qu'autant que le survivant des père et mère est en concours avec des parents collatéraux, et non quand il est en concours avec des ascendants de l'autre ligne.*
259. *A défaut de parents au degré successible dans une ligne, il se fait dévolution au profit des parents de l'autre ligne.*
260. *Il en est de même si tous les parents qui existent dans une ligne sont indignes ou renoncent.*

247. Le troisième ordre des successions est celui des collatéraux, qui, quelquefois, ainsi qu'on l'a dit plus haut, et comme on va le voir avec plus de développements, concourt avec celui des ascendants, et quelquefois même lui donne l'exclusion.

Ainsi, suivant l'article 750 (1) : « En cas de « prédécès des père et mère d'une personne « morte sans postérité, ses frères, sœurs, ou « descendants, sont appelés à la succession, à « l'exclusion des ascendants (2) et des autres « collatéraux.

« Ils succèdent, ou de leur chef ou par repré« sentation, ainsi qu'il a été réglé dans la sec« tion II du présent chapitre (3). »

248. Les frères, les sœurs, ou leurs *descendants*, succèdent, à l'exclusion des descendants autres que les père et mère, et à l'exclusion de tous autres collatéraux; en sorte que ce n'est point la proximité du degré que l'on considère ici, c'est uniquement la qualité de la parenté; d'où il suit que le petit-fils d'un frère, qui ne peut représenter son père, on le suppose, parce que celui-ci a renoncé, ou parce qu'il est indigne, succéderait cependant au défunt, son grand-oncle, de préférence à l'aïeul de ce dernier, quoique l'un soit au quatrième degré, tandis que l'autre serait seulement au second; qu'il succéderait aussi de préférence à l'oncle du défunt, collatéral au troisième degré, quoiqu'il soit lui-même au quatrième. Aussi l'article précité n'exige-t-il pas que les descendants de frères ou sœurs aient la qualité de *représentants* de leurs pères, mères, aïeuls ou aïeules; il exige simplement qu'ils soient des *descendants* de ces frères ou sœurs.

249. Et ces décisions sont applicables non-seulement au cas où les frères ou sœurs étaient unis au défunt par le double lien, qu'ils étaient ses frères ou sœurs germains, mais aussi au cas où ils ne lui tenaient que d'un seul côté, comme frères ou sœurs consanguins, comme frères ou sœurs utérins; sauf que s'il y a tout à la fois des germains, d'une part, et des consanguins ou utérins, d'autre part, la succession, confor-

(1) Code de Hollande, art. 903.

(2) Ici le mot *ascendants* signifie les ascendants d'un degré supérieur à celui des père et mère; tandis que, ordinairement, son acception est générique, et comprend tous les ascendants quelconques.

(3) Voyez *supra*, n° 183 et suiv., et 190.

mément à l'art. 733 (1) se divise d'abord en deux portions égales : les germains prennent part dans les deux lignes, et les consanguins ou utérins chacun dans la leur.

250. Il en est ainsi à l'égard des enfants des uns et des autres, lors même qu'ils ne pourraient invoquer le bénéfice de la représentation. Comme nous l'avons dit en général, ils n'en ont pas besoin quand ils ne sont point en concours entre eux, ou avec des oncles ou tantes, frères ou sœurs du défunt : leur seule qualité leur donne la préférence sur tous ascendants autres que les père et mère, et sur tous les autres collatéraux.

251. Elles sont également applicables, ces décisions, quoique les ascendants fussent de la ligne opposée à celle où se trouvent ces frères ou sœurs consanguins, ces frères ou sœurs utérins, ou les descendants des uns ou des autres ; en sorte qu'un frère utérin, ou un descendant de ce frère, exclut l'aïeul paternel; comme un frère consanguin, ou un descendant de ce frère, exclut l'aïeul maternel. Dans ce cas, la succession, quoique échue à d'autres que des descendants, ne se divise pas en deux parts égales, moitié pour la ligne paternelle, moitié pour la ligne maternelle, suivant la disposition générale de l'art. 733, première partie ; elle appartient tout entière à la ligne du frère utérin ou de son descendant, ou à la ligne du frère consanguin ou de celui qui descend de lui.

Cela est démontré, 1° par la combinaison de l'article 733 (2) lui-même, 2e partie, avec l'article 752 (3). On voit, en effet, que le premier n'a égard au double lien, pour lui donner des droits plus étendus que ceux que la loi attribue à la parenté d'un seul côté, que dans le cas prévu au second de ces articles, c'est-à-dire lorsqu'il y a tout à la fois des frères ou sœurs germains (ou des représentants d'eux), et des frères ou sœurs consanguins ou utérins, en concours avec les père et mère, ou l'un d'eux seulement (4) ; car ce dernier article porte formellement que, *s'il n'y a de frères ou sœurs que d'un seul côté, ils succèdent à la totalité, à l'exclusion de tous autres parents de l'autre ligne*. 2° Si, lorsqu'il n'y a pas de germains ni de descendants d'eux, les consanguins en concours avec la mère seulement, ou les utérins en concours avec le père seul, ont cependant les trois quarts de la succession, comme cela n'est pas douteux d'après cet article 752, puisque la part du père ou de la mère en concours avec des frères ou sœurs, ou descendants d'eux, ne peut jamais excéder le quart, il est bien évident que l'ascendant d'un degré supérieur n'en a aucune ; car il faudrait, ou lui attribuer celle de son fils ou de sa fille prédécédés, et il ne pourrait y prétendre qu'en vertu du bénéfice de la représentation, qui lui est formellement refusé par la loi (art. 741) (5), ou bien lui accorder la moitié de la succession, quand son fils ou sa fille, qui l'auraient exclu s'ils eussent survécu, n'en auraient eu que le quart, ce qui serait par trop absurde. Il y aurait encore d'autres raisons propres à exclure la prétention des ascendants et des collatéraux de la ligne opposée à celle où se trouvent les frères ou sœurs consanguins ou utérins, ou leurs descendants ; mais celles que nous venons de donner suffisent.

252. « Si les père et mère de la personne « morte sans postérité lui ont survécu, ses frères, sœurs, ou leurs représentants (6), ne « sont appelés qu'à la moitié de la succession. « Si le père ou la mère seulement a survécu (7), « ils sont appelés à recueillir les trois quarts. » (Art. 751.)

Cet article n'est que la répétition des articles 748 et 749 (8) ; aussi l'on peut se reporter à ce qui a été dit au § 1er de la section précédente.

253. Quant au suivant (752), il se réfère à la

(1) Code de Hollande, art. 897.
(2) Ibid., art. 897.
(3) Ibid., art. 904.
(4) *Voyez* ce qui a été dit *supra*, nos 142 et 147.
(5) Code de Hollande, art. 890.
(6) Ici le mot *représentants* n'est pas pris dans son acception ordinaire : quand bien même les descendants de frères ou sœurs ne pourraient, soit à cause de l'indignité de leur père ou mère, soit à cause de la renonciation de ceux-ci, les *représenter*, leurs droits vis-à-vis des père et mère du défunt seraient absolument les mêmes ; ce ne serait qu'entre eux et avec leurs oncles ou tantes qu'ils pourraient avoir besoin du bénéfice de la *représentation*. C'est ce que nous avons déjà dit *supra*, nos 187 et 193 ; mais il nous a paru utile de répéter cette observation.
(7) Ou si l'autre renonce ou est indigne.
(8) Code de Hollande, art. 901 et 902.

deuxième disposition de l'article 733. Il a pour objet de régler le mode de partage dans le cas où il y a concours de frères, sœurs, ou leurs descendants d'un seul côté, ou des deux côtés opposés, ou réunissant l'avantage du double lien, qui ont à partager entre eux la portion à laquelle ne succèdent pas les père et mère, ou le survivant d'eux.

254. Ainsi : « Le partage de la moitié ou des « trois quarts dévolus aux frères ou sœurs (1), « aux termes de l'article précédent (751), s'opère « entre eux par égales portions, s'ils sont tous « du même lit. S'ils sont de lits différents, la « division se fait par moitié entre les deux lignes « paternelle et maternelle du défunt : les ger- « mains prennent part dans les deux lignes, et les « utérins ou consanguins chacun dans leur ligne « seulement. S'il n'y a de frères ou sœurs que d'un « seul côté, ils succèdent à la totalité, à l'exclu- « sion de tous autres parents de l'autre ligne. »

255. Enfin, suivant l'article 753 (2) : « A dé- « faut de frères ou de sœurs, ou de descendants « d'eux, et à défaut d'ascendants dans l'une ou « l'autre ligne, la succession est déférée pour « moitié aux ascendants survivants, et pour « l'autre moitié aux parents les plus proches de « l'autre ligne.

« S'il y a concours de parents collatéraux au « même degré, ils partagent par tête. »

Il en est de même s'il y a concours entre les ascendants de l'autre ligne.

256. Et quant aux collatéraux, il n'y a aucune différence à faire entre le cas où ils appartiendraient tous à la même branche, paternelle ou maternelle, de leur ligne, et le cas où ils appartiendraient à des branches différentes. Le plus proche dans sa ligne exclut les plus éloignés, et tous ceux qui sont au même degré succèdent par tête. C'est ce qui a été suffisamment expliqué plus haut, n° 150.

(1) Ou à leurs *représentants*, comme le dit l'article 751, auquel se réfère celui-ci.

(2) Code de Hollande, art. 905 et 906.

(3) *Voyez*, quant à cet usufruit, ce que nous avons enseigné au tome IV, nos 483 et 608, où nous disons notamment que le père ou la mère doit caution aux collatéraux de l'autre ligne, parce que les biens ne sont plus ceux de l'enfant.

257. Dans le cas dont il s'agit, le père ou la mère survivant a l'usufruit du tiers des biens auxquels il ne succède pas en propriété (3). (Article 754) (4).

258. Mais il faut bien remarquer que cet usufruit n'a lieu que dans le cas où le survivant des père et mère est en concours avec des collatéraux de l'autre ligne, et non dans celui où il serait en concours avec des ascendants de cette autre ligne : l'article ne laisse pas le moindre doute à cet égard ; d'ailleurs, il n'y avait pas les mêmes motifs.

259. Les parents au delà du douzième degré ne succèdent pas. (Art. 755) (5).

A défaut de parents au degré successible dans une ligne, les parents de l'autre ligne succèdent pour le tout (*ibid.*). Il se fait dévolution de la ligne manquante au profit de celle qui subsiste. (Art. 733) (6).

260. Il en est de même si tous les parents qui sont au degré successible dans une ligne sont ou indignes ou renonçants : ces derniers sont réputés n'avoir jamais été héritiers (art. 785) (7); et les premiers sont exclus (art. 727) (8), ce qui, pour l'objet dont il s'agit maintenant, revient au même.

CHAPITRE VI.

DES SUCCESSIONS IRRÉGULIÈRES.

SOMMAIRE.

261. *Division du chapitre.*

261. Nous aurons à voir, sur ce chapitre,

1° Des droits des enfants naturels reconnus sur les biens de leurs père ou mère décédés ;

2° De la succession aux enfants naturels décédés sans postérité ;

(4) Code de Hollande, art. 906.

(5) Ibid., art. 908.

(6) Ibid., art. 897.

(7) Ibid., art. 1104.

(8) Ibid., art. 885.

3° De la succession déférée au conjoint survivant ;

4° De la succession déférée à l'État par l'effet de la déshérence ;

5° Des formalités à observer par l'enfant naturel appelé à la totalité des biens, ou par le conjoint survivant et par l'État.

SECTION PREMIÈRE.

DES DROITS DES ENFANTS NATURELS RECONNUS SUR LES BIENS DE LEURS PÈRE OU MÈRE DÉCÉDÉS.

SOMMAIRE.

262. *Dans les anciens principes, il n'y avait que deux espèces de successions irrégulières; les enfants naturels ne succédaient jamais pour aucune portion; ils n'avaient droit qu'à des aliments.*

263. *Les lois de la révolution, en voulant corriger cette rigueur de la législation, étaient tombées dans un excès contraire, en assimilant les enfants naturels reconnus aux légitimes.*

264. *Le Code, plus sage et plus moral, a choisi un juste tempérament, en accordant à ces enfants une quotité qui varie en raison de la qualité des héritiers avec lesquels ils sont en concours.*

265. *Mais il n'accorde cette quotité qu'aux enfants naturels légalement reconnus, et qui ne sont ni incestueux ni adultérins. Division de la section.*

§ Ier.

Des droits des enfants naturels ordinaires reconnus par leurs père ou mère, sur les biens de ceux-ci après leur mort.

266. *Les enfants naturels ne sont point* héritiers : *texte de l'article 756.*

267. *Renvoi à un volume précédent quant à ce qui concerne la reconnaissance des enfants naturels.*

268. *Quoique les enfants naturels légalement reconnus n'aient des droits que sur les biens de leurs père ou mère* décédés, *ils peuvent néanmoins en exiger des aliments de leur vivant, mais non des parents de leurs père ou mère.*

269. *Le droit de l'enfant naturel sur les biens de ses père ou mère décédés, n'est pas une simple créance, une action* personnelle *contre les héritiers, mais bien un droit* réel *dans les objets de la succession.*

270. *Comment il est déterminé en général : texte des art. 757 et 758.*

271. *Quatre cas bien distincts peuvent se présenter.*

272. Premier cas *: L'enfant naturel en concours avec des enfants ou descendants légitimes.*

273. *Si quelques-uns des enfants légitimes ou tous sont décédés, mais ayant laissé des descendants, ceux-ci les remplacent.*

274. *L'exclusion ou la renonciation d'un ou plusieurs enfants légitimes, profite aussi à l'enfant naturel, en diminuant le nombre des copartageants;* secus *lorsque tous sont exclus ou renonçants, et qu'ils ont tous laissé des enfants qui acceptent.*

275. *Lorsqu'il y a plusieurs enfants naturels, en concours avec un ou plusieurs enfants légitimes, le calcul de la portion de chacun des naturels n'est pas aussi facile que lorsqu'il n'y en a qu'un seul.*

276. *Premier système, suivant lequel il semblerait qu'on dût faire ce calcul; et vice de ce système.*

277. *Deuxième système, vice qu'on lui reproche, et avec raison; c'est cependant celui qu'on doit adopter.*

278. *Troisième système imaginé pour atténuer ce que le précédent a de trop désavantageux pour les enfants naturels, et que l'on doit néanmoins rejeter.*

279. *La reconnaissance de l'enfant naturel faite pendant le mariage par l'un des époux seulement, qui l'a eu d'un autre que son conjoint avant le mariage, ne nuit pas aux enfants de ce mariage; mais elle produit tous ses effets, même à l'égard de ces enfants, si elle a eu lieu depuis la dissolution du mariage.*

280. *Comment se calcule le droit de l'enfant naturel quand il y a des enfants de plusieurs mariages, et que la reconnaissance a été faite durant l'un de ces mariages.*

281. Quid *lorsqu'elle a été faite avant le mariage et qu'elle était ignorée du conjoint au moment de la célébration?*

282. Quid, *si, reconnu par l'un des époux seulement pendant le mariage, l'enfant prouve néanmoins, d'après les moyens autorisés par la loi, qu'il est né aussi de l'autre.*

283. *L'enfant naturel muni d'un commencement de preuve par écrit peut rechercher la maternité pendant comme après le mariage de sa mère,*

et il a tous les droits d'enfant naturel, même vis-à-vis des enfants du mariage.

284. Deuxième cas. *L'enfant naturel en concours avec des ascendants ou des frères ou sœurs de son père ou de sa mère : son droit est le même, soit qu'il n'y ait qu'un seul ascendant ou frère ou sœur, soit qu'il y en ait plusieurs; et il n'est toujours que de la moitié, quel que soit le nombre des enfants naturels.*

285. *C'est le* concours *et non pas seulement l'*existence *d'un ou plusieurs ascendants ou frères ou sœurs qui fixe la portion de l'enfant ou des enfants naturels à la moitié seulement.*

286. *Cette moitié réservée aux ascendants ou frères ou sœurs se partage suivant les règles ordinaires.*

287. *L'enfant naturel en concours avec un ou plusieurs ascendants dans une ligne, et des collatéraux, autres que des frères ou sœurs, dans l'autre ligne, n'a-t-il également que la moitié de toute la succession; ou bien la moitié vis-à-vis des ascendants, mais les trois quarts vis-à-vis des collatéraux? Il n'a que la moitié de l'hérédité : controversé.*

288. *Quand le défunt n'a laissé que des enfants de frères ou sœurs, l'enfant naturel n'a-t-il aussi que la moitié, ou bien les trois quarts, parce que la représentation ne serait pas admise dans ce cas? Il n'a que la moitié : très-controversé, et la jurisprudence en sens contraire.*

289. Troisième cas. *L'enfant naturel en concours seulement avec des collatéraux autres que les frères ou sœurs; il a les trois quarts, sauf les cas de représentation; et, quel que soit le nombre des enfants naturels, ils n'ont que les trois quarts, quand bien même il n'y aurait qu'un seul parent, l'autre ligne manquant.*

290. *L'enfant naturel qui n'a droit qu'à une portion doit toujours demander la délivrance aux héritiers légitimes saisis, quels qu'ils soient. Il supporte une part proportionnelle des dettes, mais il n'a pas besoin du bénéfice d'inventaire pour n'être pas tenu* ultra vires.

291. *Les créanciers ont action contre l'enfant naturel lorsqu'il a obtenu la délivrance de la quotité qui lui revient, et dans la proportion de cette quotité; ils peuvent même poursuivre chacun des héritiers saisis pour sa part héréditaire, sauf le recours contre l'enfant naturel.*

292. *Les héritiers légitimes sont bien fondés à ne remettre à l'enfant naturel sa portion qu'autant qu'il leur donne des sûretés pour le payement de sa part dans les dettes et charges de la succession.*

293. Quatrième cas. *A défaut de parents au degré successible, l'enfant naturel a droit à la totalité, à la charge de se faire envoyer en possession par le tribunal.*

294. *Dans les quatre cas ci-dessus, si l'enfant naturel est prédécédé, ses descendants ont droit à ce qui lui serait revenu.*

295. *L'enfant naturel de l'enfant naturel prédécédé a aussi, dans ce qui lui serait revenu, les droits d'enfant naturel, lors même que le prédécédé aurait laissé des enfants légitimes : controversé.*

296. *L'enfant naturel ou ses descendants sont tenus d'imputer sur ce qui leur revient, ce qui lui a été donné par celui de la succession duquel il s'agit et qui serait sujet à rapport entre cohéritiers.*

297. *Comment se fait cette imputation quand il y a plusieurs enfants naturels dont un ou quelques-uns seulement ont reçu des avantages.*

298. *De son côté, l'enfant naturel a le droit d'exiger des héritiers l'imputation de ce qu'ils ont reçu sur ce qui leur revient, et même le rapport : très-controversé.*

299. *Suite.*

300. *Texte de l'article 761.*

301. *On ne peut augmenter la portion de l'enfant naturel, mais on peut la diminuer.*

302. *Quand le père de l'enfant naturel a fait des dispositions de ses biens, l'article 761 n'est plus applicable, dans les conditions qu'il prescrit pour réduire l'enfant.*

303. *Mais, hors le cas de dispositions, la réduction du droit de l'enfant naturel ne peut résulter que d'une déclaration expresse du père.*

304. *Il n'est pas nécessaire que cette déclaration soit faite dans l'acte même par lequel l'enfant recevrait quelque chose de son père.*

305. *Mais il faut que l'enfant ait reçu du vivant du père la portion que celui-ci lui a assignée.* Quid *s'il ne veut pas la recevoir? Il faut que ce qu'on lui offre soit de quelque importance relativement à ce qu'il pourrait prétendre un jour.*

306. *Si ce qu'il a reçu ne s'élevait pas à la moitié de ce qui lui serait revenu sans la réduction, il a une action en supplément.*

307. *Quand il y a plusieurs enfants naturels, dont quelques-uns seulement ont été réduits, et*

qu'il y a des enfants légitimes, la réduction profite à ces derniers seulement, parce qu'elle est censée n'avoir été faite que dans leur intérêt.

308. *Il n'en est pas ainsi quand les enfants naturels sont en concours avec d'autres parents, parce qu'alors la succession se divise par masses.*

309. *Les enfants naturels ont-ils une réserve? Oui.*

310. *Quatre opinions différentes sur ce point. Première opinion.*

311. *Seconde opinion.*

312. *Troisième système.*

313. *Quatrième.*

314. *Comment se détermine la réserve de l'enfant naturel quand il y a des descendants légitimes;*

315. *Et quelle est alors celle de ces derniers.*

316. *Suite.*

317. *Comment elle se détermine quand il y a plusieurs enfants naturels et un ou plusieurs enfants légitimes.*

318. *L'enfant naturel en concours avec d'autres héritiers que les descendants légitimes a toujours la moitié ou les trois quarts de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime, et cette règle sert de base à la fixation de sa réserve en pareil cas.*

319. *Quelle en est la quotité quand le défunt laisse ses père et mère, ou l'un deux, un enfant naturel, et qu'il a fait un legs universel.*

320. *Suite pour le cas où, dans la même hypothèse, il y a deux enfants naturels.*

321. *D'après la manière de calculer la réserve des enfants naturels dans les cas ci-dessus, il n'est pas à craindre que, à raison du grand nombre de ces enfants, ils puissent avoir au delà de ce que leur assigne la loi.*

322. *Comment se calcule leur réserve lorsque le défunt ne laisse que des frères ou sœurs;*

323. *Et lorsqu'il y a tout à la fois des ascendants autres que les père et mère, et des frères ou sœurs : renvoi pour la solution de la question de savoir si, dans ce cas, les ascendants ont une réserve.*

324. *Comment se calcule la réserve des enfants naturels lorsqu'il n'y a que des parents éloignés.*

325. *Suite.*

326. *De quoi se compose-t-elle quand il n'y a pas de parents au degré successible : elle est la même que ce qu'elle eût été si l'enfant naturel eût été légitime, mais seulement quand il n'y a qu'un enfant naturel.*

327. *L'enfant naturel institué légataire universel par son père, qui a laissé des parents au degré successible, doit toujours leur demander la délivrance, quand bien même ces parents ne sont pas du nombre de ceux au profit desquels la loi a établi une réserve.*

§ II.

Des droits des enfants adultérins ou incestueux.

328. *La loi n'accorde que des aliments aux enfants adultérins ou incestueux.*

329. *Comment sont réglés ces aliments.*

330. *Lorsque le père ou la mère de l'enfant adultérin ou incestueux lui a fait apprendre un art mécanique ou lui a assuré des aliments, l'enfant n'a plus rien à prétendre.*

331. *En quel sens doit-on entendre l'article 335, qui prohibe toute reconnaissance volontaire des enfants incestueux ou adultérins? Est-ce uniquement pour leur interdire de réclamer une portion de la succession comme enfants naturels, mais non des aliments?*

262. Dans les anciens principes, il n'y avait que deux sortes de successions irrégulières (1) : 1° celle déférée à l'époux survivant quand il n'y avait aucun parent au degré successible dans l'une et l'autre ligne; 2° celle déférée au seigneur haut justicier en pays coutumier, et au fisc en pays de droit écrit, lorsqu'il n'y avait ni parent au degré successible ni conjoint survivant. Les enfants naturels n'avaient, dans aucun cas, ni dans aucune des deux jurisprudences, aucun droit de successibilité : ils pouvaient seulement réclamer des aliments, dont la quotité, généralement modique, se réglait par les tribunaux, comme elle se règle aujourd'hui à l'égard des enfants incestueux ou adultérins, en prenant en considération la condition des pères et mère, la fortune laissée par eux, la qualité et le nombre des héritiers : tel était le sort des enfants naturels ordinaires, c'est-à-dire des enfants non adultérins ni incestueux.

(1) Non compris, dans les pays coutumiers, celle de l'ascendant donateur aux choses par lui données à son descendant décédé sans postérité, qui était et qui est encore, comme on vient de le voir, une succession irrégulière.

263. Mais comme un excès de rigueur amène presque toujours un excès de relâchement, on a eu la douleur de voir, il est vrai, dans un temps malheureux où plus d'une fois les vrais principes en législation ont été méconnus, une loi (1) introduire les enfants naturels dans les familles avec les droits des enfants légitimes, en les assimilant en tous points à ceux-ci sous ce rapport (2), et cela sous l'empire d'une jurisprudence qui autorisait la recherche de la paternité comme celle de la maternité (3).

264. On conçoit sans peine les vives réclamations que dut exciter une législation si contraire au maintien des mœurs, aux droits des familles et aux intérêts de la société en général; aussi le Code civil l'a-t-il abrogée : il a concilié, par un sage tempérament, les droits de la nature et le respect dû à la dignité du mariage; il n'a pas permis que les enfants naturels fussent introduits dans la famille autrement que par le bénéfice de la légitimation, dont il a d'ailleurs réglé les conditions (4) ; il ne leur donne pas même le titre ou la qualité d'*héritier;* il leur accorde seulement sur les biens de leur père ou mère décédés une quotité qui varie dans une juste proportion, combinée en raison du nombre des enfants légitimes, et en raison de la qualité des autres héritiers : c'est une espèce de *possession des biens*, à *l'instar* de celles que donnait, dans certains cas et à certaines personnes, le droit prétorien dans la législation romaine.

265. Et ce droit à une quotité des biens n'appartient pas à tous les enfants naturels indistinctement; il n'appartient qu'à ceux qui ont été légalement reconnus ; et les enfants adultérins ou incestueux (5) n'y peuvent jamais prétendre : ils ne peuvent réclamer que des aliments.

Les droits des uns et des autres étant très-différents, nous les traiterons séparément.

§ Ier.

Des droits des enfants naturels ordinaires reconnus par leurs père ou mère, sur les biens de ceux-ci après leur mort.

266. Le principe en cette matière est que « les enfants naturels ne sont point *héritiers :* la « loi ne leur accorde de droit sur les biens de « leurs père ou mère décédés que lorsqu'ils ont « été légalement reconnus. Elle ne leur accorde « aucun droit sur les biens des parents de leurs « père ou mère. » (Art. 756) (6).

267. Nous n'avons plus à nous occuper ici de ce qui est relatif à la reconnaisance *légale* des enfants naturels; cet objet a été suffisamment, et, nous le croyons, assez bien développé au titre *de la Paternité et de la Filiation,* au troisième volume de cet ouvrage; on peut y recourir. Nous partirons donc toujours de la supposition admise, que l'enfant naturel qui se présente à la succession de son père ou de sa mère a été légalement reconnu par lui ou par elle, afin de ne point tomber dans d'inutiles répétitions.

268. D'abord, comme ce n'est que sur les biens de leurs père ou mère *décédés* que la loi accorde des droits aux enfants naturels légalement reconnus, il s'ensuit (7) qu'ils n'ont point

(1) Celle du 12 brumaire an II.

(2) L'art. 2 de cette loi porte : « Leurs droits de successibilité sont les mêmes que ceux des autres enfants. »

Et l'art. 1er, méconnaissant le salutaire principe de la non-rétroactivité de l'effet des lois, admet avec de tels droits les enfants naturels aux successions de leurs père et mère, ouvertes depuis le 14 juillet 1789. Mais cet effet rétroactif fut rapporté par l'article 13 de la loi du 3 vendémiaire an IV, et par l'article 1er de celle du 15 thermidor suivant.

(3) Toutefois l'art. 8 de ladite loi portait : « Pour être admis à l'exercice des droits ci-dessus dans la succession de leur père décédé, les enfants nés hors du mariage seront tenus de prouver leur possession d'état. Cette preuve ne pourra résulter que de la représentation d'écrits publics ou privés du père, ou de la suite des soins donnés, à titre de paternité et sans interruption, tant à leur entretien qu'à leur éducation.

« La même disposition aura lieu pour la succession de la mère.»

(4) On peut voir ce que nous avons dit à cet égard au t. III, titre *de la Paternité et de la Filiation.*

(5) On a vu aussi au même volume, même titre, quels sont les enfants de l'une ou l'autre de ces qualités; on peut y recourir.

(6) Code de Hollande, art. 909.

(7) D'autres en tirent une toute autre conséquence, savoir, que l'enfant naturel n'a de droits sur les biens de son père ou de sa mère, qu'autant que ceux-ci n'en ont pas disposé, soit par donation entre-vifs, suivant les uns, soit même par testament, suivant les autres; attendu, disent-ils, qu'il eût été bien superflu de décider, par une disposition spéciale, que l'enfant naturel n'a aucun droit du vivant de ses père ou mère, puisque l'enfant légitime lui-même n'a pas d'action contre les siens pour obtenir un établissement par mariage ou autrement (art. 204). Nous arriverons bientôt à la discussion de ce point important.

d'action du vivant de ceux-ci pour obtenir une dot, ou le moyen de former un établissement quelconque, car l'enfant légitime lui-même n'aurait pas de droit à ce sujet (art. 204) (1); ce qui n'empêche pas, au surplus, que l'enfant naturel n'ait, comme l'enfant légitime lui-même, celui de réclamer des aliments du père ou de la mère qui l'a reconnu, parce que les aliments sont dus plutôt encore en vertu du droit naturel qu'en vertu du droit civil (2).

Mais les enfants naturels n'ayant aucun droit sur les biens des parents de leurs père ou mère, on doit en tirer la conséquence, que nous avons déjà exposée précédemment (3), qu'ils n'ont aucune action, même contre leurs aïeuls ou aïeules, pour en obtenir de simples aliments. Le bon ordre le veut ainsi, indépendamment de la disposition générale de la loi.

269. Quant au droit des enfants naturels légalement reconnus sur les biens de leurs père ou mère décédés, c'est un véritable droit réel, un droit écrit sur la succession, et non pas une simple créance, ainsi qu'on l'a dit quelquefois (4); c'est une sorte de pétition d'hérédité (5), quoique celui qui l'intente ne soit pas héritier de nom et de titre. D'ailleurs l'État aussi aurait bien la pétition d'hérédité contre les tiers détenteurs de biens qui lui appartiendraient par droit de *déshérence*, et cependant il n'est pas non plus *héritier* proprement dit : il prend seulement les biens comme vacants et sans maître, et il est toujours censé les prendre sous bénéfice d'inventaire.

270. Ce droit des enfants naturels varie, comme nous l'avons dit, en raison de la qualité des personnes qui sont tenues de lui en faire la délivrance, c'est-à-dire qui sont appelées à la succession.

Il est fixé, d'après les articles 757 et 758 (6), de la manière suivante ; et, aux termes de l'article 908 (7), les enfants naturels ne peuvent, par donation entre-vifs ou testament, rien recevoir au delà de ce qui leur est accordé au titre *des Successions*.

« Le droit de l'enfant naturel sur les biens de « ses père ou mère décédés, est, si le père ou « la mère a laissé des descendants légitimes, « d'un tiers de la portion héréditaire que l'enfant « naturel aurait eue s'il eût été légitime ; il est « de la moitié lorsque les père et mère ne laissent « pas de descendants, mais bien des ascendants, « ou des frères ou sœurs ; il est des trois quarts « lorsque les père ou mère ne laissent ni des« cendants ni ascendants, ni frères ni sœurs. « (Art. 757.)

« L'enfant naturel a droit à la totalité des « biens lorsque ses père ou mère ne laissent pas « de parents au degré successible. » (Art. 758.)

271. Ainsi, quatre cas bien distincts :

L'enfant naturel admis à partage, 1° avec des descendants légitimes de ses père ou mère ;

2° Avec des ascendants, ou des frères ou sœurs de ceux-ci ;

3° Avec des collatéraux seulement, autres que les frères ou sœurs ;

4° L'enfant naturel ayant la totalité des biens,

(1) Code de Hollande, art. 373.

(2) *Voir* tome II, no 377, et tome III, no 243.

Voyez aussi, pour le cas où la reconnaissance n'aurait été faite que par acte sous signature privée, les nos 228 à 231 inclusivement de ce dernier volume, où nous agitons la question, si controversée, de savoir si elle peut du moins donner à l'enfant le droit d'obtenir des aliments.

(3) Tome II, no 379, où nous rapportons un arrêt de cassation qui a jugé en ce sens, en cassant un arrêt de la cour de Douai qui avait jugé le contraire.

(4) Le projet de loi (art. 34 du projet de la commission de rédaction) portait : « Les enfants naturels n'ont qu'une créance sur les biens de leurs père et mère décédés ; la loi ne la leur accorde que lorsqu'ils ont été légalement reconnus. » Mais, sur l'observation de M. Cambacérès, l'on changea cette rédaction, et l'on supprima le mot *créance*, pour y substituer celui de *droit*, dont le sens moins précis ne dit pas du moins que ces enfants n'ont qu'une simple action personnelle contre ceux qui doivent leur délivrer leur part : au contraire, tout porte à croire qu'on a entendu que ce droit serait un droit *en la chose*, un *jus in re*, un droit réel.

(5) *Voy.* tome I, no 555, et l'arrêt de cassation du 20 mai 1806 (Sirey, tome VI, part. II, colonne 623), qui a jugé, avec raison, que les enfants naturels légalement reconnus peuvent exercer contre des tiers acquéreurs, qui ont traité avec l'héritier légitime, les droits que leur confère le Code civil dans la succession de leurs père ou mère ; que ces droits donnent à l'enfant naturel une action réelle sur les biens héréditaires, et non pas seulement une simple créance ou action personnelle contre les héritiers, quoique ceux-ci soient évidemment tenus personnellement de lui remettre la portion à laquelle il a droit : toutefois la cour royale de Paris a jugé, le 12 avril 1823, que lorsque l'héritier légitime a vendu les biens avant que l'enfant naturel ait fait connaître son état et réclamé ses droits, l'aliénation est maintenue, si elle a été faite de bonne foi. (Sirey, 1824, II, 49.)

(6) Code de Hollande, art. 910 et 911.

(7) Ibid., art. 955.

parce qu'il n'y a aucun parent au degré successible.

Premier cas. *L'enfant naturel admis à partage avec des descendants légitimes de ses père ou mère.*

272. Dans ce cas, comme on vient de le dire, il a le tiers de la portion héréditaire qu'*il aurait eue* s'il eût été lui-même légitime. En conséquence, s'il y a un enfant légitime et un enfant naturel, celui-ci aura le tiers de la moitié qui lui serait revenue s'il eût été légitime, ou le sixième de la succession ; il aura le neuvième du total s'il y a deux enfants légitimes, le douzième s'il y en a trois, et ainsi de suite. Car il faut bien remarquer que la loi ne lui donne pas le tiers de ce qu'a un enfant légitime, ce qui lui donnerait, dans la première hypothèse, le tiers ; dans la seconde, le sixième, et dans la troisième, le neuvième de toute l'hérédité : elle lui donne seulement le tiers de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime; par conséquent, il doit être compté instantanément pour une tête, et le partage se fait d'abord fictivement entre lui et l'enfant ou les enfants légitimes ; seulement il n'a que le tiers de la part qu'il eût eue entière s'il eût été légitime, au lieu d'être enfant naturel.

273. Si quelques-uns des descendants légitimes, ou si tous ces descendants sont décédés, leurs enfants et descendants les représentent suivant les principes du droit commun, mais ils ne comptent tous que pour l'enfant légitime qu'il représentent.

274. Si la représentation n'a pas lieu parce que les pères ou mères ont été déclarés indignes, ou parce qu'ils ont renoncé, alors il faut distinguer : ou elle n'a pas lieu à l'égard de quelques-uns seulement des enfants légitimes du défunt, ou elle n'a pas lieu à l'égard de tous indistinctement.

Dans le premier cas, les enfants légitimes non représentés n'étant pas comptés, l'enfant naturel partagerait avec les autres seulement, ou avec leurs représentants, et profiterait ainsi de l'exclusion des descendants qui ne peuvent venir par représentation de leurs pères ou mères prédécédés ; car la part des indignes ou des renonçants accroît à celles des autres héritiers. (Art. 730 et 786) (1).

Dans le second cas, les enfants et descendants des indignes ou des renonçants, venant de leur chef (art. 730 et 787) (2), l'enfant naturel serait simplement admis à partage avec eux, sans profiter de l'effet des exclusions pour indignité, ou des renonciations, mais aussi sans que ces circonstances diminuassent en rien la quotité qu'il aurait eue si elles n'avaient pas eu lieu. Ainsi, quoique en pareil cas les enfants des indignes ou des renonçants succèdent par tête, néanmoins, par rapport à l'enfant naturel, et pour fixer sa part, on ne doit compter que pour une seule tête tous les enfants d'un indigne ou d'un renonçant, et qui viennent de leur chef à l'hérédité : autrement la justice serait blessée, et ce serait un moyen facile, par des renonciations concertées entre tous les enfants légitimes, ayant eux-mêmes chacun plusieurs enfants, de diminuer plus ou moins les droits de l'enfant naturel.

275. Lorsqu'il n'y a qu'un seul enfant naturel, quel que soit le nombre des enfants légitimes, le calcul de ce qui lui revient est très-facile, abstraction faite du cas où le père ou la mère a disposé de ses biens en totalité, ou pour une trop forte partie, cas dans lequel le droit des réserves, soit des enfants légitimes, soit de l'enfant naturel, n'est pas aussi aisé à déterminer, à raison de la coexistence de ces enfants de diverses qualités : ce n'est pas, au surplus, ce dont il s'agit maintenant.

Mais quand il y a plusieurs enfants naturels, avec plusieurs et même un seul enfant légitime, la portion de chaque enfant naturel n'est point aussi clairement déterminée par la loi.

276. On peut, à cet égard, présenter plusieurs systèmes. Nous allons les exposer tous rapidement, en faisant sentir ce qu'ils auraient de vicieux.

L'idée qui paraît la plus simple au premier coup d'œil serait, puisque l'enfant naturel a le tiers d'une portion héréditaire, de considérer, quel que fût le nombre des enfants de cette qua-

(1) Code de Hollande, art. 897 et 1105.

(2) Code de Hollande, art. 897 et 1106.

lité, trois de ces enfants comme devant avoir, à eux trois réunis, des droits égaux à ceux d'un enfant légitime; six, comme devant avoir ceux de deux enfants de cette dernière qualité, et en procédant par fraction du nombre trois, quand ce nombre multiple ne se présenterait pas entier.

Ainsi l'on dirait : Il y a un enfant légitime et trois enfants naturels, ces derniers ayant, réunis, des droits égaux à ceux de l'enfant légitime, puisqu'un seul d'entre eux aurait eu le tiers d'un droit égal à celui de cet enfant légitime (1), ils ont à eux trois la moitié de la succession ; ils n'en auraient que le tiers s'il y avait deux enfants légitimes, le quart s'il y en avait trois, et ainsi de suite ; comme, en sens inverse, ils en auraient les deux tiers à eux tous s'ils étaient six et seulement un enfant légitime, et la moitié s'il y avait deux enfants légitimes; les trois quarts s'ils étaient neuf et un seul enfant légitime ; les trois cinquièmes si, dans cette hypothèse, il y avait deux enfants légitimes, et la moitié s'il y en avait trois : de manière que, dans le cas de fraction du nombre multiple *trois,* cinq enfants naturels et trois légitimes auraient, dans une succession de 30,000 fr., les premiers, 10,000 fr., ou cinq portions sur quinze, et les derniers 20,000 fr.

Mais le vice de ce système se montre dans ses résultats possibles. En effet, il pourrait arriver, et dans quelques-unes des hypothèses ci-dessus cela arriverait, que plusieurs enfants légitimes n'auraient pas à eux tous la moitié de la succession, quand cependant, s'il n'y avait que des ascendants, ou des frères ou sœurs, même un seul, les enfants naturels, en quelque nombre qu'ils fussent, n'auraient jamais au delà de la moitié, ainsi que nous le démontrerons sur le cas suivant. On doit donc rejeter cette manière de calculer les droits des enfants naturels vis-à-vis des enfants légitimes.

277. Un autre mode consisterait à considérer instantanément chaque enfant naturel, quel qu'en fût le nombre, comme un enfant légitime, soit qu'il y en eût plusieurs de cette dernière qualité, soit qu'il n'y en eût qu'un seul; de les faire, en conséquence, concourir tous simultanément : d'opérer fictivement le partage en autant de parts égales qu'il y aurait de têtes présentes ou représentées, et d'attribuer, en définitive, à chaque enfant naturel le tiers seulement de la portion qu'il serait censé avoir dans ce partage fictif ; en sorte que s'il y avait deux enfants naturels et un enfant légitime, chacun des premiers aurait le tiers du tiers, ou le neuvième de la succession, et non pas, comme d'après le premier système, le sixième; s'il y avait deux enfants naturels et deux légitimes, chacun des premiers aurait le douzième de l'hérédité, ou le tiers du quart, et ainsi de suite : de manière qu'en multipliant par le nombre trois chaque enfant, soit naturel, soit légitime, n'importe qu'il y en eût plus d'une qualité que de l'autre, ou que le nombre de ceux d'une qualité fût égal à ceux de l'autre, on aurait pour résultat un total dont chaque enfant naturel aurait seulement une unité, comme dans la première hypothèse, où le nombre des enfants des deux qualités étant de quatre, le produit de la multiplication est par conséquent de douze, et le droit de chaque enfant naturel du douzième.

Mais on reproche à ce mode, et ce n'est pas sans quelque raison, de n'attribuer à chacun des enfants naturels absolument que la même quotité que celle qu'il aurait eue si tous ses frères ou sœurs eussent été légitimes; car, en effet, dans ce système, cinq enfants naturels en concours avec un légitime n'auraient chacun que le dix-huitième de l'hérédité, comme l'aurait eu un seul enfant naturel en concours avec cinq enfants légitimes : or, dit-on, il est bizarre que cinq enfants n'aient à eux tous que cinq dix-huitièmes de la succession, quand un seul en aurait eu, dans le même cas, trois dix-huitièmes. La juste proportion n'est pas conservée, car un copartageant doit avoir d'autant *plus* que son copartageant doit avoir *moins :* or, un enfant naturel doit avoir moins qu'un enfant légitime.

278. Pour atténuer ce résultat défavorable aux enfants naturels, quelques personnes ont pensé (2) qu'au lieu de supposer le concours simultané de tous les enfants naturels avec les légitimes, et les

(1) Mais c'est là le vice du système ; car un seul enfant naturel n'aurait pas eu le tiers d'un droit égal à celui de l'enfant légitime, puisqu'il n'aurait eu que le sixième de la succession.

(2) Dit M. Delvincourt, qui rejette toutefois, ainsi que MM. Favard et Chabot, cette interprétation, pour s'en tenir à la précédente.

premiers comme légitimes eux-mêmes, il fallait seulement faire la part de chacun d'eux comme concourant chacun tout à la fois avec les légitimes et les naturels.

Ainsi, soit Primus et Secundus, enfants naturels, et Tertius, enfant légitime : 72,000 fr. à partager. Primus, supposé un instant enfant légitime en concours avec Tertius et Secundus, dirait que ce dernier ne devant avoir que le tiers de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime, a droit à 8,000 fr., et que les 64,000 fr. restants se partageant entre lui Primus et Tertius, il lui revient le tiers de la moitié de cette somme, ou 10,666 fr. 66 c., au lieu de 8,000 fr. seulement, ou du neuvième de la succession, que lui attribuerait le mode précédent. Et comme les droits de Secundus sont égaux aux siens, Secundus ferait le même raisonnement et obtiendrait le même résultat.

Les enfants naturels fondent leur prétention à l'adoption de ce système sur ce que l'art. 757 (1) dit formellement, que si le père ou la mère a laissé des descendants légitimes, le droit de l'enfant naturel est d'un tiers de la portion qu'il aurait eue s'il eût été légitime : or, dans l'espèce, Primus aurait eu s'il eût été légitime, déduction faite de la part de son frère naturel, 32,000 fr. : donc, dit-il, je dois avoir le tiers de cette somme, ou 10,666 fr. 66 c.

Mais ce système peut avoir des résultats qui ne permettent pas non plus de l'adopter.

Supposons, en effet, cinq enfants naturels, un enfant légitime, et une succession de 72,000 fr. à partager.

Si l'un des enfants naturels se présentait en disant qu'il ne doit concourir avec ce frère légitime et ses quatre frères naturels qu'en les considérant comme tels, la part de chacun des enfants de cette dernière qualité étant du tiers de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime, par conséquent du dix-huitième de toute la succession, même dans le système le moins favorable aux enfants naturels, ses quatre frères de sa qualité auraient à eux tous 16,000 fr. Il resterait donc 56,000 fr. à partager entre lui et l'enfant légitime, dont moitié serait 28,000 fr., et le tiers de cette moitié 9,333 fr. 33 c., au lieu de 4,000 fr. seulement que lui donnerait le mode précédent, et de 8,000 fr. que lui attribuerait le premier (2). Et comme chacun des quatre autres enfants naturels ferait le même raisonnement pour obtenir le même résultat, il s'ensuivrait que leurs portions réunies donneraient un total de 46,666 fr. 66 c. sur une somme de 72,000 fr., ce qui ne laisserait pas la moitié de la succession à l'enfant légitime, quand cependant un ascendant ou un frère du défunt aurait eu, à tout événement, cette moitié, quel qu'eût été le nombre des enfants naturels. Ce système pouvant avoir pour les enfants légitimes des résultats plus fâcheux encore que le premier des trois, il doit donc aussi être rejeté. Il faut s'en tenir au second, quoique, à vrai dire, il n'est pas favorable aux enfants naturels ; il n'établit pas une assez juste proportion de ce qu'auraient pu être leurs droits dans le concours avec d'autres enfants de la même qualité, comparativement à ce qu'ils sont dans le concours d'un seul de ces enfants avec des enfants légitimes. Mais cette proportion n'est pas mieux observée ; elle l'est même encore moins, si l'on considère la qualité de l'héritier légitime, dans la seconde hypothèse prévue par l'article, puisqu'un frère ou une sœur du défunt, et même un seul aïeul, qui serait cependant exclu par ce frère ou cette sœur, aurait la moitié franche de l'hérédité, quoiqu'il y eût six enfants naturels et davantage. La loi, il est vrai, ne pouvait facilement entrer dans toutes ces combinaisons, qui varient à l'infini.

279. Au surplus, pour que l'enfant naturel puisse réclamer des droits vis-à-vis des descendants d'un mariage, il faut qu'il n'ait pas été reconnu pendant ce mariage par l'un des époux seulement, s'il est né d'un autre que du conjoint. L'art. 337 (3) porte que la reconnaissance faite *pendant* (4) le mariage, *par l'un des époux*, au

(1) Code de Hollande, art. 910.

(2) Car, suivant celui-ci, qui consiste à donner à trois enfants naturels réunis une part égale à celle d'un enfant légitime, la succession se diviserait d'abord en trois portions égales de 24,000 fr. chacune ; et, sur les deux qui seraient attribuées aux enfants naturels, l'enfant légitime prendrait le sixième ou 8,000 fr. pour la tête manquante, et les 40,000 fr. restants donneraient bien à chacun des cinq enfants naturels la somme de 8,000 fr.

(3) (Code de Hollande, art. 340.) Dont nous avons expliqué le sens et les effets au tome III, nos 246 et suivants.

(4) Nous y disons aussi (no 254), avec la cour de Pau et celle de cassation, contrairement à l'opinion de M. Delvincourt, que la reconnaissance faite par l'un des époux, *après la dissolution du mariage*, d'un enfant qu'il a eu avant son mariage d'un autre que son conjoint, produit néanmoins tous ses effets, même vis-à-vis des enfants de ce mariage, 1o parce que la loi ici ne parle, pour lui refuser ces effets, que de l'enfant naturel reconnu *pen-*

profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu avant son mariage, *d'un autre que de son époux*, ne pourra nuire ni à celui-ci ni aux enfants nés de ce mariage; qu'elle produira néanmoins son effet après la dissolution de ce mariage, s'il n'en reste pas d'enfants. S'il est né aussi du conjoint, elle produit donc ses effets, même à l'égard des enfants du mariage. Mais elle ne donne à l'enfant que les droits d'enfant naturel, faute d'avoir été reconnu par l'un et l'autre, ce qui, au moyen du mariage de ses père et mère, lui aurait procuré le bénéfice de la légitimation (art. 331) (1). Il y a toutefois à ce sujet quelques distinctions à faire, et que nous avons faites en traitant de la *Légitimation*.

280. Il suit de cet art. 337, que s'il y a un enfant d'un mariage antérieur à celui pendant lequel l'enfant naturel a été reconnu, un enfant de ce second mariage, et enfin un enfant d'un mariage postérieur, et 24,000 fr., par exemple, à partager, le partage se fait d'abord entre les trois enfants légitimes comme si l'enfant naturel n'existait pas : de manière que l'enfant du second mariage a 8,000 fr., sur lesquels l'enfant naturel n'a aucun droit; et, comme ce n'est qu'à son égard que la reconnaissance n'a aucun effet, elle en produit à l'égard des deux autres enfants légitimes, mais sans toutefois que ceux-ci doivent avoir moins parce que cette reconnaissance a eu lieu à telle époque plutôt qu'à telle autre. Or, si elle n'eût pas été faite pendant un des mariages, chacun de ces enfants, en retranchant le douzième de la succession, ou 2,000 fr. pour leur frère naturel, aurait eu 7,333 fr. 33 c.; d'après cela, pour les 16,000 fr. à partager, ce dernier ne sera pas censé n'être en concours qu'avec les deux enfants du premier et du dernier mariage seulement, il sera censé en concours avec les trois enfants légitimes (2), et formant ainsi fictivement une quatrième tête, le tiers de l'une de ces portions lui donne 1,333 fr. 33 c.; et chacun des deux enfants du mariage antérieur et du mariage postérieur, a la moitié du surplus, ou 7,333 fr. 33 c., tandis que celui du second mariage a et doit avoir 8,000 fr.

281. L'enfant naturel légalement reconnu avant le mariage de son père ou de sa mère, a tous les droits d'un enfant naturel, même vis-à-vis des enfants de ce mariage, encore que la reconnaissance eût été ignorée du conjoint au moment de la célébration (3).

282. S'il est établi, suivant les preuves admises par la loi, que l'enfant reconnu seulement par l'un des époux pendant leur mariage, est néanmoins né *de l'un et de l'autre*, alors cet enfant, en s'attachant même à la disposition textuelle de l'article 337, a tous les droits d'enfant naturel (4), même à l'égard des enfants issus de ce mariage. Cela nous paraît certain.

283. Et l'enfant naturel, pourvu qu'il ait un commencement de preuve par écrit, peut rechercher *la maternité*, soit après la dissolution du mariage de sa mère, soit pendant ce mariage, et il a tous les droits d'enfant naturel, même vis-à-vis des enfants de ce mariage (5).

On doit, par voie de conséquence, porter la même décision quant à l'effet de la recherche de *la paternité* dans le cas d'enlèvement de la mère, quoique cette recherche n'ait eu lieu

dant le mariage; 2° parce que cet enfant eût pu même être légitimé par le mariage de celui ou de celle qui l'a reconnu, avec la mère ou le père de cet enfant, un mariage intermédiaire n'étant point un obstacle à la légitimation (même vol., n° 172), suivant M. Delvincourt lui-même : dès lors la position des enfants légitimes pouvant être plus aggravée par cette légitimation que par une simple reconnaissance, ces enfants n'ont pas droit de se plaindre de celle qui a eu lieu; 3° enfin parce que le père ou la mère survivants, pouvant incontestablement reconnaître l'enfant qu'ils auraient eu depuis la dissolution de leur mariage, puisqu'aucune loi ne le défend, ni même ne devait le défendre, on ne voit pas pourquoi les enfants légitimes critiqueraient la reconnaissance de l'enfant naturel né avant le mariage, leurs droits n'étant pas plus altérés par l'une que par l'autre. Et que l'on ne dise pas que l'on élude ainsi le but de la loi, qui a été d'empêcher que cet enfant ne pût diminuer les droits de ceux nés du mariage; car, d'une part, la reconnaissance faite pendant le mariage sera nulle à leur égard, lors même que l'époux qui l'aurait faite aurait survécu à son conjoint : ce ne serait qu'une nouvelle reconnaissance faite après la dissolution du mariage qui pourrait produire des effets contre eux; et, d'autre part, si le mariage venait à se dissoudre par la mort de cet époux, la reconnaissance resterait bien sans effets vis-à-vis des enfants de ce mariage.

(1) Code de Hollande, art. 327.

(2) C'est également ce que nous avons dit au tome III, n° 251, *note*.

(3) Voyez *ibid.*, n° 247.

(4) Mais non ceux résultant de la légitimation, si ce n'est d'après la distinction établie au même volume, n° 249.

(5) Voyez *ibid.*, n° 255.

que durant le mariage du père avec une autre femme (1).

Deuxième cas. *L'enfant naturel en concours avec des ascendants ou des frères ou sœurs de son père ou de sa mère.*

284. Quand il n'y a pas de descendants légitimes, mais seulement des ascendants ou des frères ou sœurs, le droit de l'enfant naturel ou des enfants naturels, s'il y en a plusieurs, est, comme nous l'avons dit, invariablement fixé à la moitié de la succession, n'y eût-il qu'un seul ascendant ou qu'un seul frère ou sœur; et ce frère ou cette sœur fussent-ils consanguins, utérins ou germains, le droit serait le même par rapport à l'enfant ou aux enfants naturels. Et peu importerait aussi qu'il y eût parmi les ascendants ou les frères ou sœurs, des indignes ou des renonçants, l'enfant ou les enfants naturels n'auraient ni plus ni moins, pourvu qu'ils fussent en concours avec un ou plusieurs de ces ascendants ou frères ou sœurs; comme, *vice versa*, s'il y avait parmi les enfants naturels des indignes ou des renonçants, les autres auraient toujours la moitié de l'hérédité.

Si la loi eût entendu, lorsqu'il y aurait plusieurs enfants naturels, que leur part dans la succession eût été, à eux tous réunis, plus considérable que lorsqu'il n'y en aurait qu'un seul, elle eût dû aussi, pour conserver les justes proportions, la fixer en raison du nombre des héritiers légitimes avec lesquels ils auraient été en concours : or c'est ce qu'elle n'a pas fait, puisque ses dispositions sont générales, absolues, sans aucune distinction. Elle a, en quelque sorte, considéré les enfants naturels collectivement en concours avec les ascendants ou les frères ou sœurs, ou, dans le troisième cas de l'art. 757 (2), avec les autres parents, comme elle considère, dans le cas du partage de la succession par lignes, les parents d'une ligne par rapport à ceux de l'autre : n'y en eût-il qu'un seul d'appelé dans l'une d'elles, quand dans l'autre il y en aurait dix et davantage, le partage ne s'en ferait pas moins en deux parts égales entre les deux lignes.

285. Nous venons de dire que, lors même que parmi les ascendants ou les frères ou sœurs, il y aurait des indignes ou des renonçants, le droit de l'enfant naturel serait toujours de la moitié de la succession, ni plus ni moins, *pourvu que cet enfant fût en concours avec un ou plusieurs de ces ascendants ou de ces frères ou sœurs*; mais nous avons dit par cela même que ce droit serait différent si l'enfant n'était en concours avec aucune de ces personnes : il serait, en effet, des trois quarts, comme il serait de la totalité si aucun parent ne se portait héritier; car la loi n'a pu raisonnablement vouloir le fixer qu'en raison des personnes qui viennent à la succession, et non pas seulement en raison de celles que le défunt a *laissées*, quoique l'art. 757, ainsi que plusieurs autres, se serve de cette expression. En matière de succession, celui qui n'est pas héritier n'est pas même censé parent; on ne peut pas dire de lui que le défunt l'a *laissé*, attendu qu'il ne l'a laissé que relativement à sa succession, pour un but qui n'est pas atteint. Voilà pourquoi celui qui n'est pas héritier n'a pas droit à une réserve, comme nous le démontrerons dans la suite, sans vouloir toutefois dire par là, dès à présent, que si elle est due aussi à d'autres, il ne doit pas être compté pour la fixation de la quotité dont le défunt a pu disposer, question que nous examinerons en son lieu. Quoi qu'il en soit, il est certain qu'en matière de succession légitime, le défunt est censé n'avoir *laissé* tel ou tel parent que pour sa succession, *subjecta materia*, et que celui qui n'y vient pas, par telle ou telle cause, n'est pas du nombre des personnes que ce défunt a *laissées*. On en fournirait mille preuves, si cela pouvait être un instant douteux.

286. Cette moitié réservée aux ascendants ou aux frères ou sœurs se partage entre eux suivant les règles ordinaires. En conséquence, si les ascendants sont les père et mère du défunt, ils la partagent entre eux, s'il n'y a ni frères ni sœurs, ni descendants d'eux (art. 746) (3). S'il y a des frères ou sœurs, ou descendants d'eux, les père et mère ont simplement chacun le quart de cette moitié, ou le huitième de toute la succession (art. 748) (4); si le père ou la mère seulement existe, la part qu'aurait eue le prédécédé

(1) Voyez tome III, n° 256.
(2) Code de Hollande, art. 910.
(3) Code de Hollande, art. 900.
(4) Ibid., art. 901.

se réunit à celle des frères ou sœurs, ou de leurs descendants (art. 749) (1), quand bien même il existerait des ascendants dans l'autre ligne; car les ascendants autres que les père et mère sont exclus par les frères ou sœurs, ou descendants d'eux (art. 750) (2), lors même que ces frères ou sœurs n'auraient tenu au défunt que d'un seul côté, et que ce côté ne serait pas celui par lequel lui tenaient ces mêmes ascendants (3). Mais s'il n'y a ni frères ni sœurs, ni descendants d'eux, cette moitié se partage entre le survivant des père et mère et l'ascendant ou les ascendants les plus proches de l'autre ligne (art. 746). Si les père et mère sont tous deux décédés, elle se partage entre les ascendants des deux lignes, par égales portions, moitié pour la ligne paternelle et moitié pour la ligne maternelle, et les descendants au même degré dans la même ligne partagent entre eux par tête, en observant toujours entre eux la proximité du degré (*ibid.*). Enfin, s'il n'y a que le père ou la mère, ou des ascendants dans une ligne, et des collatéraux dans l'autre, la portion (que nous ne déterminons pas encore, mais que nous allons déterminer) attribuée aux parents légitimes, se divise, conformément à l'article 753 (4), en deux parts égales, moitié pour les ascendants survivants et moitié pour les parents de l'autre ligne, et le père ou la mère survivant a aussi l'usufruit du tiers de cette dernière moitié (art. 754) (5); le tout conformément à ce qui a été expliqué précédemment, en traitant de la dévolution des successions régulières, parce qu'en effet, par rapport aux père, mère, ascendants, frères ou sœurs du défunt, ou descendants de ces derniers, ou autres parents légitimes, la succession dont il s'agit est tout à fait *régulière*.

Aussi les enfants et descendants des frères ou sœurs prédécédés représentent-ils leur père ou mère, soit entre eux (6), soit vis-à-vis de leurs oncles et tantes (7), pourvu que la représentation ne fût pas écartée pour cause d'indignité ou de renonciation.

Pareillement aussi, si les frères ou sœurs sont de différents lits, les consanguins ou les utérins ne prennent part que dans leur ligne, et les germains dans l'une et l'autre; et il en est de même de leurs descendants respectifs.

287. Sur ce second cas de l'article 757, où l'enfant naturel est en concours avec des ascendants ou des frères ou sœurs du défunt, il se présente deux questions.

La première est celle de savoir si, dans le cas où l'enfant naturel est en concours avec un ou plusieurs ascendants dans une ligne, et dans l'autre avec des collatéraux autres que des frères ou sœurs, cet enfant ne doit avoir que la moitié de la succession, comme semble le dire l'article 757, qui ne distingue pas entre le cas où il n'y a des descendants que dans une ligne seulement, et le cas où il y en a dans les deux; ou bien s'il doit avoir la moitié vis-à-vis des ascendants, mais les trois quarts vis-à-vis des collatéraux, puisqu'il aurait cette dernière quotité s'il n'était en concours qu'avec eux.

MM. Delvincourt, Chabot et Toullier tiennent pour le dernier parti (8); mais M. Favard de Langlade tient pour le premier. « Le droit de « l'enfant naturel, dit-il, est déterminé, dans ce

(1) Code de Hollande, art. 902.

(2) Ibid., art. 903.

(3) Voyez *supra*, n° 251.

(4) Code de Hollande, art 905 et 906.

(5) Ibid., art. 906.

(6) Cela serait encore vrai lors même qu'on devrait décider, ce que nous allons au surplus examiner, que les descendants des frères ou sœurs ne peuvent, en prétendant représenter leurs père ou mère prédécédés, avoir la moitié de la succession, au lieu du quart seulement, parce qu'il n'y aurait ni frères ni sœurs; car parmi ces descendants, les uns pourraient avoir intérêt (et ils en auraient incontestablement le droit) à invoquer le bénéfice de la représentation pour partager *entre eux*, suivant les règles du droit commun, la part qui leur serait collectivement attribuée dans la succession; à plus forte raison s'il y avait des frères ou sœurs vivants.

(7) Nous ne parlons pas des père et mère, parce qu'à leur égard les enfants de frères ou sœurs n'ont pas besoin du bénéfice de la représentation, puisque ce n'est pas le même *ordre* d'héritiers, et dès lors que la proximité du degré de parenté, qu'a pour effet de produire cette fiction de la loi, n'est point ce que l'on considère ici, suivant ce qui a été dit déjà plusieurs fois.

(8) M. Delvincourt dit : « Quand il y a des parents de différents degrés dans chaque ligne, *puta*, dans une ligne un ascendant, et un cousin dans l'autre, personne ne peut empêcher l'enfant naturel de prendre les trois quarts dans cette dernière ligne. Qui pourrait, en effet, s'y opposer? Ce n'est pas l'ascendant, puisqu'il n'aurait aucun droit à la part de cette ligne, quand même il n'existerait pas d'enfant naturel; ce n'est pas le cousin, puisque le texte de l'article 757 serait formellement contraire à sa prétention. »

Mais précisément on soutient qu'il la favorise formellement.

« cas, à la moitié de la succession par l'art. 757, « qui ne fait aucune distinction; l'autre moitié lui « est tout à fait étrangère. L'existence ou la non-« existence d'ascendants dans les *deux* lignes ne « fait que régler et modifier les rapports entre les « ascendants de ces mêmes lignes, rapports « auxquels l'enfant naturel n'a aucun droit de « se mêler. »

La première opinion étonne d'autant plus de la part de ceux qui la professent, qu'ils conviennent que l'enfant naturel n'aurait droit qu'à la moitié, quand bien même il n'y aurait, pour tous parents légitimes, qu'un seul ascendant, n'importe la ligne à laquelle il appartiendrait, et qu'il n'aurait aussi que les trois quarts s'il existait seulement un collatéral; qu'il ne profiterait pas de la dévolution qui se ferait d'une ligne à l'autre, faute de parents au degré successible dans la première. Or, comment pourrait-il se prévaloir de la circonstance que, outre l'ascendant, il existe d'autres parents, parce qu'ils ne sont ni des ascendants, ni des frères ou sœurs du défunt? Il n'a pas à se mêler, comme le dit très-bien M. Favard, de la succession régulière. Et voici d'ailleurs ce qui pourrait arriver : si cet ascendant était le père ou la mère, et que l'on réduisît au quart les droits des collatéraux vis-à-vis de l'enfant naturel, de deux choses l'une : ou l'usufruit que l'art. 754 accorde aux père et mère ne porterait pas sur quoi il doit porter, quand cependant le père, qui aurait droit à la moitié franche de la succession s'il était seul parent légitime, est en droit d'exiger que cet usufruit ne soit pas réduit; ou bien les collatéraux eux-mêmes n'auraient pas tout ce qu'ils doivent avoir en définitive. Par exemple, supposons 24,000 fr. à partager entre le père du défunt, l'enfant naturel et des cousins maternels : dans le premier système, le père aurait la moitié de la succession ou 12,000 fr., dont il reviendrait moitié ou 6,000 fr. à l'enfant naturel; et sur l'autre moitié de la succession, cet enfant aurait les trois quarts ou 9,000 fr.; ce qui ne laisserait aux parents maternels que 3,000 fr. seulement : en sorte que l'usufruit du tiers des biens auxquels le père ne succède pas en propriété ne porterait que sur 1,000 fr. seulement, tandis qu'il doit porter sur 2,000 (1). Vainement l'enfant naturel consentirait-il à ce qu'il portât aussi sur 1,000 fr. de sa part, cela ne serait point dans la loi; et ce résultat possible, indépendamment des autres raisons ci-dessus rapportées, doit faire exclure sa prétention. Et s'il disait que les collatéraux ne doivent pas profiter de ce qu'il existe un ascendant, et exciper ainsi du droit d'autrui, ils lui répondraient très-bien, 1° qu'il ne doit pas davantage, de son côté, profiter de ce qu'il y a des collatéraux; 2° qu'en tout cas, s'il faut que les uns et les autres profitent d'une circonstance qui ne leur est pas personnelle, il est bien aussi juste que ce soient eux, puisqu'ils sont *saisis*, puisqu'ils sont défendeurs à la demande en délivrance de sa portion, qu'il est tenu de former, et que, toutes conditions étant égales d'ailleurs, c'est le défendeur qui doit l'emporter; 3° enfin ils diraient que ce n'est pas le seul cas où l'on a, à l'occasion d'un autre, plus de droit que l'on n'en aurait si cet autre n'existait pas : le droit prétorien touchant les envois en *possession des biens* en fournirait plus d'un exemple. Ainsi l'enfant naturel n'aura que la moitié franche de la succession, les collatéraux un quart, et le père, dans l'espèce, outre son quart, l'usufruit du tiers de celui attribué aux collatéraux maternels.

288. La seconde question est celle de savoir si, lorsque le défunt a laissé, non des frères ou sœurs, mais des enfants de frères ou sœurs, l'enfant naturel doit avoir les trois quarts, comme le dit la lettre de l'art. 757, ou seulement la moitié, comme le veut le système de la représentation, admis aussi en faveur des enfants de frères ou sœurs? et cette question est une des plus controversées qu'offre cette matière nouvelle, dont les dispositions laissent beaucoup à désirer sous plus d'un rapport.

Le système de la non-représentation est soutenu par MM. Favard et Grenier, et il a été adopté par une foule d'arrêts de cours royales (2), et même par un de la cour de cassation, mais arrêt de rejet seulement (3).

L'opinion contraire est soutenue par MM. Mer-

(1) Car très-probablement on n'irait pas jusqu'à dire qu'il doit avoir la même étendue, puisqu'alors les collatéraux n'auraient pas en définitive tout ce qu'ils doivent avoir.

(2) Notamment par les cours de Bruxelles, de Bordeaux, de Douai, de Riom, de Paris et de Montpellier.

(3) De la section des requêtes, du 6 avril 1813. (Sirey, 1813, 1, 161.)

lin, Delvincourt, Chabot, Toullier, Malleville, et il a été confirmé aussi par un arrêt de la cour royale de Pau, du 10 avril 1810, et peut-être aussi par quelques autres décisions judiciaires, ce que nous nous sommes dispensé de vérifier, parce que la question doit se décider d'après les principes, et voilà tout. Aussi avons-nous la conviction que, mieux pénétrées de ces mêmes principes, les cours royales et la cour de cassation elle-même changeront leur jurisprudence sur ce point, car elle ne repose sur aucun fondement solide.

Tout, bien analysé, se borne, en effet, à dire en faveur de l'enfant naturel, que la succession à laquelle il est appelé est une succession *irrégulière*, dont les règles spéciales doivent seules être suivies; que l'une de ces règles lui attribue positivement les trois quarts de l'hérédité quand il n'est en concours ni avec des descendants légitimes, ni avec des ascendants, ni avec des frères ou sœurs, comme dans l'espèce; que le bénéfice de la représentation en faveur des enfants de frères ou sœurs prédécédés n'ayant été réservé par aucune de ces règles, qui se trouvent placées sous le chapitre III du présent titre, on ne peut invoquer vis-à-vis de l'enfant naturel ce même bénéfice, dont les conditions et les effets sont déterminés dans un chapitre précédent, qui traite uniquement des successions régulières ou ordinaires (1).

Tous les auteurs qui ont professé l'opinion contraire ont facilement, selon nous du moins, repoussé de pareilles objections : nous ne pourrons donc guère que répéter leurs raisons. Cependant nous ne devons pas les passer sous silence, et nous pourrons peut-être en présenter aussi quelques-unes qui ne sont pas sans quelque poids : nous le ferons brièvement.

L'enfant naturel dit que la succession est irrégulière, et en conséquence que les règles du droit commun ne lui sont point applicables; mais on lui répond qu'elle n'est irrégulière que par rapport à lui, et nullement par rapport aux parents légitimes; qu'il serait bizarre que la qualité de bâtard eût des effets qui s'étendraient jusqu'aux parents nés de légitimes mariages; que celui qui n'est pas saisi, qui n'est pas même honoré du nom d'héritier, pût ainsi, par son appel à une simple portion des biens, transformer le droit très-*régulier* des parents légitimes en un droit irrégulier, participant de la nature du sien.

On lui dit que ce sont, au contraire, les règles du droit commun qui régissent la succession, sauf en ce qui le concerne, et que ces règles admettent les enfants de frères ou sœurs non indignes ni renonçants, à représenter leurs père ou mère; que si l'art. 757 ne parle pas de cette représentation, c'est parce que c'eût été superflu après ce qui avait déjà été établi à cet égard; mais qu'on ne doit pas, sous peine de prêter des vues inconséquentes au législateur, et même contradictoires, conclure du silence de cet article touchant le mot *représentation*, qu'il a entendu écarter la chose. Bien certainement on ne le dirait pas s'il y avait un frère ou une sœur et des enfants de frères ou sœurs prédécédés : ceux-ci représenteraient indubitablement leur père ou mère pour venir, concurremment avec leur oncle ou leur tante, à la portion attribuée aux héritiers légitimes; autrement ces enfants seraient exclus par l'effet de la proximité du degré de leur oncle ou de leur tante, ce qui serait absurde. La représentation n'est donc pas écartée en pareille succession; et si elle ne l'est pas dans le cas ci-dessus, pourquoi le serait-elle lorsqu'il n'y a que des enfants de frères ou sœurs? Telles sont les raisons générales par lesquelles on répond à la prétention de l'enfant naturel.

Mais allons plus loin. Supposons qu'il n'y ait que des ascendants autres que les père et mère, et des enfants de frères ou sœurs : bien évidemment l'enfant naturel n'a droit qu'à la moitié, puisqu'il *y a des ascendants;* mais cette moitié, à qui appartiendra-t-elle? Elle appartiendra en totalité aux enfants des frères ou sœurs prédécédés; les ascendants n'y auront rien (art. 750); en sorte que, dans ce système, l'on verrait ces enfants avoir plus de droit par la circonstance qu'il existe des ascendants qui ne profiteraient cependant de rien, qu'ils n'en auraient eu par eux-mêmes. Sans doute, et nous l'avons déjà dit, on a parfois, en droit, par le moyen d'un autre, ce qu'on n'aurait pas de son chef; mais du moins c'est parce que ce tiers aussi en profite, c'est parce qu'il est appelé aussi à recueillir ce droit, qu'une autre personne vient avec lui et y

(1) Tel est cependant le seul motif sur lequel est fondé l'arrêt de rejet précité.

participe ; tandis qu'ici les ascendants n'en profiteraient pas : leur existence ne serait là que comme l'événement d'une sorte de condition ; tout comme si la loi avait dit : Je donnerai bien la moitié de la succession aux enfants de frères ou sœurs prédécédés, mais ce sera à condition qu'il existera des ascendants, qui cependant n'y auront aucun droit. Autant eût-il valu faire de tout autre événement la cause de la dévolution à ces mêmes enfants. Or si, comme cela est indubitable, puisque l'enfant naturel n'a point à se mêler des rapports qui existent entre les enfants de frères ou sœurs et les ascendants survivants, ces mêmes enfants ont droit à la moitié des biens sans avoir même besoin pour cela du bénéfice de la représentation, pourquoi le leur refuserait-on lorsqu'il n'existe pas d'ascendants ? En quoi l'existence de ces ascendants peut-elle influer, puisque, encore une fois, ils n'auraient eu aucun droit ? A moins que l'on ne prétendît toutefois que la portion des héritiers légitimes, en pareil cas, ne dût être que du quart seulement, nonobstant l'existence des ascendants, parce que ce ne seraient pas eux qui seraient appelés, et que ceux qui le seraient n'étant ni des frères ni des sœurs, cette portion n'est que du quart. Mais alors on violerait la lettre de l'article 757, dont on argumente tant en faveur de l'enfant naturel ; car cet article porte positivement que l'enfant naturel n'a droit qu'à la moitié des biens si le défunt *a laissé des ascendants*.

Mais, dit-on toujours dans le système que nous combattons, la loi ne parle pas de la représentation en faveur des enfants de frères ou de sœurs en concours avec l'enfant naturel, et puisque ce n'est point une succession ordinaire, on ne doit point invoquer contre lui les règles ordinaires. Nous avons déjà répondu à cette objection, en disant que la loi n'avait plus à régler, dans aucune succession quelconque, ce qui est relatif à la représentation en faveur des enfants, puisqu'elle l'avait déjà fait ; et à cette objection, voici une autre réponse qui paraîtra peut-être sans réplique : Suivant l'article 1082 (1), la donation de biens qu'une personne laissera à son décès est censée faite aussi en faveur des enfants qui naîtront du mariage, pour le cas où le donataire mourrait avant le donateur. Eh bien ! s'il meurt en effet avant le donateur en laissant des enfants vivants (2) et des enfants d'enfants prédécédés, refuserait-on à ces mêmes enfants d'enfants prédécédés le droit de représenter leurs père ou mère pour avoir leur part dans les biens donnés ? Très-certainement aucun jurisconsulte digne de ce nom n'oserait le leur refuser ; cependant il n'est pas non plus question du bénéfice de la représentation (3) dans cet art. 1082, ni dans aucun de ceux qui traitent de la même matière, et la succession n'est point ici une succession *légitime* à laquelle soient appelés des héritiers légitimes, puisque ce sont des *donataires*, et que c'est une *donation*.

Enfin, l'art. 759 (4), placé aussi sous le chapitre *des Successions irrégulières*, porte qu'en cas de prédécès de l'enfant naturel, ses enfants ou descendants peuvent réclamer les droits fixés par les articles précédents : or, qu'est-ce que c'est que *réclamer* des droits au nom d'une personne prédécédée, si ce n'est la *représenter ?* Car ce n'est pas par droit de *transmission* que ces enfants ou descendants réclament, comme dans le cas prévu à l'art. 781 (5), puisque étant prédécédé, l'enfant naturel n'a rien recueilli, ni par conséquent rien pu transmettre. C'est donc uniquement par droit de représentation : ses enfants et descendants prennent sa place et ses droits, ce qui n'est pas autre chose que le bénéfice de la représentation (art. 739) (6) : donc, si les enfants de l'enfant naturel peuvent le représenter dans la succession, irrégulière par rapport à lui, mais très-régulière par rapport aux héritiers légitimes, les enfants de frères et

(1) Code de Hollande, art. 233.

(2) Ceux-ci viennent à la disposition, non pas précisément par le bénéfice de la représentation, mais par l'effet d'une sorte de substitution vulgaire, comme si le donateur eût dit : Dans le cas où le donataire ne me survivrait pas, j'entends que les enfants qu'il aura de son mariage aient mes biens ; en sorte qu'ils sont appelés directement, mais sous une condition, celle du prédécès de leur père donataire.

(3) Il en est toutefois parlé dans l'art. 1051, en matière de substitution permise ; mais par une raison au moins égale, a-t-elle lieu en matière de donation de biens à venir. La légitimation pouvant avoir lieu en faveur des enfants décédés qui ont laissé des descendants, elle profite à ces mêmes descendants (art. 332) ; et c'est évidemment aussi par bénéfice de *représentation*, quoiqu'il n'en soit pas dit un mot dans cet article ni dans aucun autre.

(4) Code de Hollande, art. 913.

(5) Ibid., art. 1097.

(6) Ibid., art. 888.

sœurs prédécédés, par une raison au moins égale, peuvent-ils représenter leur père ou leur mère.

D'ailleurs, c'est moins encore d'après le bénéfice de la représentation que d'après leur qualité d'enfants de frères ou sœurs, que ces mêmes enfants peuvent justement prétendre à la moitié de l'hérédité, qualité qui, comme nous l'avons déjà dit plusieurs fois, les fait admettre avec les père et mère du défunt, et fait même qu'ils excluent les ascendants d'un degré supérieur, quoique par telle ou telle cause la représentation n'eût pas lieu en leur faveur. Enfin, sur l'objet de la question, sur l'objet du litige qui est un quart de l'hérédité, ils disent à l'enfant naturel : Nous l'emportons totalement sur les ascendants (article 750), qui l'emportent cependant sur vous quant à cet objet ; à plus forte raison devons-nous l'emporter sur vous-mêmes : *Si vinco vincentem te, a fortiori te vincam.*

Troisième cas. *L'enfant naturel en concours seulement avec des collatéraux autres que les frères ou sœurs.*

289. Dans ce cas il a les trois quarts de la succession; mais, comme on vient de le dire, les enfants de frères ou sœurs prédécédés représentent leurs père ou mère, non-seulement quand il existe des frères ou sœurs venant à l'hérédité, mais même quand il n'en existe pas, ou que ceux qui existent renoncent ou sont indignes.

Les trois quarts dont il s'agit sont partagés par tête entre les divers enfants naturels, s'il y en a plusieurs de légalement reconnus, encore qu'ils fussent ou non nés de la même mère ou du même père, pourvu qu'ils ne soient ni incestueux ni adultérins.

Et ils n'auraient toujours que les trois quarts, comme on l'a dit plus haut, quand bien même il n'y aurait de parents que dans une seule ligne, qu'il n'y en aurait qu'un seul, même au douzième degré. La dévolution, à défaut de parents légitimes dans une ligne, se fait en faveur des parents légitimes de l'autre ligne (art. 733, 755) (1), et la position de l'enfant naturel reste toujours la même. Dans aucun cas, en un mot, lorsqu'il y a des parents au degré successible, la loi ne lui a accordé au delà des trois quarts de la succession. Le bénéfice de la dévolution n'appartient point d'ailleurs à celui qui n'est point héritier, et l'enfant naturel n'est point héritier.

290. Dans les trois cas ci-dessus, l'enfant naturel doit demander aux divers héritiers légitimes, *saisis* de l'hérédité, la délivrance de la portion de droits qui lui revient. Sous ce rapport, on peut l'assimiler à un légataire *à titre universel :* aussi, quoiqu'il ne soit pas héritier, et qu'ainsi, à proprement parler, il ne représente pas la personne du défunt, néanmoins il est tenu, *propter bona,* des dettes en proportion de la quotité qui lui est attribuée, mais seulement jusqu'à concurrence de la valeur des biens dûment constatée, encore qu'il n'eût pas déclaré au greffe du tribunal (art. 793) (2), qu'il n'entendait accepter que sous bénéfice d'inventaire; car n'étant point *saisi*, n'étant point *héritier*, n'étant point, à ce titre, le représentant de la *personne* du défunt, mais simplement successeur à ses biens, dès qu'il relâche ces mêmes biens à ceux qui y ont des droits, il remplit toutes les obligations d'un simple détenteur, tel qu'il est.

291. Cependant, nul doute que l'action des créanciers ne soit bien fondée contre lui dans les limites de cette proportion, lorsqu'il a obtenu la délivrance de la quotité qui lui revient. Mais le serait-elle également contre les héritiers légitimes, suivant la part *héréditaire* de chacun d'eux, sauf à eux leur recours contre l'enfant naturel, s'ils avaient payé au delà de ce que, en définitive, ils doivent eux-mêmes supporter dans les dettes et charges de la succession ?

Nous le croyons, car eux seuls sont *saisis,* et ils ne le sont que sous la charge d'acquitter les obligations du défunt en proportion de la part héréditaire de chacun (3). (Art. 724 et 1220) (4).

292. D'après cela, les héritiers légitimes

(1) Code de Hollande, art. 897 et 908.

(2) Ibid., art. 1070.

(3) Nous ne citons pas l'art. 873, ni l'art. 870, parce qu'ils sont susceptibles l'un et l'autre de quelques observations sur leur rédaction, que nous ferons lorsque nous en expliquerons les dispositions.

(4) Code de Hollande, art. 880 et 1335.

seraient bien fondés à ne remettre à l'enfant naturel la portion qui lui revient qu'après l'acquittement de sa part de dettes, ou la remise de sûretés suffisantes pour en assurer le payement, afin de n'être exposés à aucune perte à cet égard.

QUATRIÈME CAS. *Celui où, à défaut de parents au degré successible dans l'une et l'autre ligne, l'enfant ou les enfants naturels ont droit à la totalité des biens.*

293. « L'enfant naturel, comme on l'a dit plus « haut, a droit à la totalité des biens, lorsque ses « père ou mère ne laissent pas de parents au degré « successible. » (Art. 758) (1).

Ce qui s'entend aussi, comme nous l'avons expliqué, du cas où les parents qui existeraient ne seraient point héritiers, soit pour cause d'indignité, soit par l'effet de leur renonciation.

Quand l'enfant naturel a droit à la totalité des biens, alors il ne forme pas de demande en délivrance, mais il se fait envoyer en possession, suivant le mode qui sera expliqué à la section V, *infra*.

294. Dans les quatre cas ci-dessus, si l'enfant naturel est prédécédé, ses enfants ou descendants peuvent réclamer les droits fixés par les art. 757 et 758. (Art. 759) (2).

Ils partagent ces droits suivant les règles ordinaires, en sorte que s'ils sont tous au même degré, ils les partagent par tête ; si l'un des enfants de l'enfant naturel est décédé au moment où s'ouvre la succession du père ou de la mère de ce dernier, les enfants de ce prédécédé viennent par représentation, et ont à eux tous ce que leur père ou leur mère auraient eu s'il eût survécu.

295. Il n'y a pas de difficulté sur ce point ; mais la question de savoir si les enfants naturels de l'enfant naturel prédécédé doivent avoir des droits dans la succession du père ou de la mère de celui-ci, en les supposant légalement reconnus, soit qu'ils fussent seuls, soit que l'enfant naturel dont il s'agit eût aussi laissé des enfants ou descendants légitimes, est controversée entre MM. Favard et Malleville, d'une part, qui soutiennent l'affirmative, et MM. Toullier et Chabot, qui tiennent pour la négative.

M. Favard (3) dit que « l'art. 759 ne fait pas « de distinction en parlant des enfants ou descen- « dants de l'enfant naturel, qu'il comprend ainsi « ceux qui sont légitimes comme ceux qui ne le « sont pas ; seulement, que les légitimes ont un « droit plus fort, et les naturels un droit plus « faible. »

M. Malleville, en convenant que la disposition de l'art. 756 (4), suivant laquelle les enfants naturels *n'ont aucun droit sur les biens des parents de leurs père ou mère*, fournit une objection très-forte contre son opinion, ajoute néanmoins qu'il fut dit au conseil d'État que, dans ce cas, les fils naturels du bâtard prédécédé auraient droit sur la succession de leur aïeul, dans la proportion du droit qu'ils auraient dans la succession même de leur père ; en sorte que celui-ci ayant eu droit à un tiers, ses enfants naturels ne pourraient réclamer que le tiers de ce tiers, autrement un neuvième dans la succession de l'aïeul, tandis que le fils légitime de l'enfant naturel obtiendrait le tiers. En conséquence, M. Malleville pense que la volonté du législateur, consignée dans le procès-verbal de la discussion, doit être considérée comme une exception à la disposition du principe que les enfants naturels n'ont pas de droit sur les biens des parents de leur père ou mère ; d'autant mieux que l'art. 759 ne parle pas uniquement des enfants légitimes du bâtard, mais de ses enfants ou descendants en général.

Mais M. Toullier répond : « Il est bien difficile « de se rendre à ces raisons ; le conseil d'État « n'est point législateur : il n'a que l'initiative de « la loi, ou plutôt il n'est chargé que d'en *rédiger* « le projet, qui n'a force de loi que lorsque le « projet est décrété par le corps législatif, et « promulgué suivant les formes constitution- « nelles (5). Ajoutez à cela que l'observation dont

(1) Code de Hollande, art. 911.

(2) Ibid., art. 913.

(3) Répertoire, v° *Successions*, n° 118

(4) Code de Hollande, art. 909.

(5) Nous ferons observer que si ce que dit ici M. Toullier est incontestable en principe, il n'en est pas moins vrai, et personne n'en a peut-être plus souvent que lui donné l'exemple, qu'on peut très-bien, dans un cas douteux, recourir aux discussions qui ont eu lieu sur le projet de loi pour connaître la véritable pensée du législateur. Ce mode est d'autant plus sage qu'il n'y avait alors pas de discussion au corps législatif, et que c'était au conseil d'État qu'elle avait lieu, quoique, à vrai dire, elle ait

« parle M. Malleville ne fut pas adoptée. Le consul Cambacérès demanda dans la séance du 2 nivôse an XI, page 259 du procès-verbal, si l'enfant naturel du bâtard jouirait du bénéfice de l'article 759? M. Berlier observa que l'article ne peut s'appliquer à un tel enfant, parce qu'il n'est pas héritier (1). Le consul Cambacérès objecte que, *quoique l'enfant naturel ne soit pas héritier, il a cependant droit à un tiers d'une part héréditaire dans la succession de père. L'article transmet ce droit à ses descendants : or, s'il n'a que des enfants naturels, ils auront un neuvième dans la succession de leur aïeul.*

« Mais le procès-verbal, continue M. Toullier, ne porte point que le conseil d'État ait eu égard à cette objection ; au contraire, il porte simplement : L'article est adopté. Ainsi l'observation de M. Berlier subsista, et l'observation de M. Cambacérès ne produisit aucun amendement.

« Quant à l'observation, que l'art. 759 parle des enfants ou descendants en général, il suffit de répondre que cet article ne peut être entendu que des enfants et des descendants légitimes, puisqu'il leur accorde en entier les droits qu'aurait eus leur père. Telle est aussi l'opinion de M. Chabot dans son Traité *des Successions.* »

Nous avons, suivant notre coutume, vérifié avec attention le procès-verbal de la discussion dont il s'agit, pour nous assurer si, comme le dit sans hésiter M. Toullier, l'observation de M. Cambacérès fut rejetée : cela ne nous a point paru tel. Personne, pas même M. Berlier, n'a répondu à M. Cambacérès, ce qui ne prouve pas certainement qu'on ne voulait avoir aucun égard à son observation, car alors il eût fallu la combattre par quelque raison, mais ce qui prouve bien évidemment, au contraire, qu'en adoptant de suite l'article, on a entendu l'adopter d'après l'interprétation que lui donnait M. Cambacérès. C'était un point assez susceptible de contestation, pour que ceux qui n'auraient pas partagé son opinion se donnassent du moins la peine de lui répondre; mais précisément personne ne l'a fait, et c'était bien le cas de l'adage : *Qui ne dit rien consent.*

Mais ce n'est pas tout : M. Berlier ne s'est pas exprimé comme le rapporte M. Toullier. Voici ce qu'il a dit sur la demande de M. Cambacérès, si l'enfant naturel du bâtard jouirait du bénéfice de cet article (759) : « L'article ne peut s'appliquer DANS TOUTE SA LATITUDE à un tel enfant, puisqu'on a *décidé*, 1° qu'il n'était pas héritier, mais simplement créancier (2); 2° que cette créance, réduite à une quotité des biens et droits du père, ne les représente conséquemment point *en entier.* »

Et M. Cambacérès n'a pas prétendu autre chose. Les deux orateurs étaient donc parfaitement d'accord, loin d'être dissidents, comme le dit M. Toullier; et ce dernier a évidemment tort de dire que l'observation de M. Cambacérès a été rejetée, parce que l'article a été simplement adopté tel qu'il est dans le Code. Si l'on eût entendu la repousser, il eût fallu le faire en opposant le principe consacré précédemment, que l'enfant naturel n'a point de droit sur les biens des parents de ses père ou mère ; et si M. Berlier lui-même, le seul qui ait parlé avec M. Cambacérès, sur la rédaction de cet art. 759, n'a point opposé ce principe, c'est parce qu'il n'entendait point exclure totalement le fils naturel de l'enfant naturel, mais qu'il voulait seulement, et avec raison, que l'article en discussion ne lui fût pas applicable *dans toute sa latitude;* que ce fils, en un mot, ne représentât pas son père *en entier.* Maintenant le lecteur peut juger. Nous convenons, au surplus, que l'observation de M. Cambacérès, si elle doit être regardée comme ayant été tacitement adoptée par le conseil d'État, ainsi que nous le croyons, renferme une dérogation bien positive au principe établi à l'art. 756 ; car le fils naturel de l'enfant naturel recueillera des biens qu'il n'aurait point recueillis si son père,

laissé souvent beaucoup à désirer; mais c'était un des vices du système adopté. Quoi qu'il en soit, le conseil d'État ne se bornait pas à rédiger le projet de loi, comme dit M. Toullier; il le *discutait*, et le corps législatif n'avait pas le droit de le *discuter.*

(1) Raison fort peu concluante, puisque son père ne l'eût pas été davantage, et qu'il aurait cependant eu des droits sur la succession du sien s'il lui eût survécu.

Au surplus, M. Berlier n'a pas dit cela, ainsi qu'on va le voir.

(2) Nous doutons très-fort que l'on ait DÉCIDÉ qu'il n'était qu'un simple *créancier;* nous croyons même le contraire : mais cela est étranger à la question.

prédécédé, eût été lui-même enfant légitime ; ce qui, nous l'avouons, doit paraître extraordinaire.

296. L'enfant naturel ou ses descendants sont tenus d'imputer sur ce qu'ils ont droit de prétendre tout ce qu'ils ont reçu du père ou de la mère dont la succession est ouverte, et qui serait sujet à rapport d'après les règles établies sur la matière *des rapports*. (Art. 760.)

297. Quand il n'y a qu'un enfant naturel venant à la succession, cette imputation se fait facilement; mais lorsqu'il y en a plusieurs, et que parmi eux il s'en trouve qui ont reçu quelque chose et qui renoncent à la succession (ou même en ce sens qu'ils n'en demandent aucune portion), alors l'imputation ne se fait pas aussi aisément, du moins au premier coup d'œil.

Ainsi, supposons quatre enfants naturels, dont deux, qui ont reçu chacun 3,000 fr. pour former un établissement, renoncent à la succession; supposons aussi qu'il existe au décès, toutes dettes déduites, 12,000 fr., en tout 18,000 fr., et que la succession doive appartenir pour moitié aux enfants naturels : il est certain que ces enfants ne pouvant recevoir à eux tous au delà de 9,000 fr. (art. 757, 760 et 908 combinés) (1), les 6,000 fr. donnés en avancement doivent être comptés sur leur part; que les héritiers légitimes ne doivent plus être tenus que de 3,000 fr., et que les deux enfants qui ont reçu chacun 3,000 fr. ont reçu l'un et l'autre 750 fr. de plus qu'ils ne pouvaient recevoir. Mais ces 1,500 fr. doivent-ils être imputés sur ce qui revient aux deux enfants naturels qui se présentent pour réclamer leur portion? Non sans doute, car on les rendrait ainsi responsables de la perte qui pourrait résulter de l'insolvabilité de ceux qui ont trop reçu : or chacun de ces enfants a des droits qui lui sont personnels, quoique la portion de biens qui en est l'objet soit une pour tous. D'autre part, il ne serait pas juste que les héritiers légitimes y fussent seuls exposés, puisqu'ils ne se trouveraient peut-être plus avoir en définitive la moitié de la succession, comme le veut la loi. En pareil cas, l'imputation de ces 1,500 fr. doit donc se faire par moitié sur ce qui revient aux enfants naturels acceptants, de manière que les héritiers légitimes leur compteront 3,750 fr. seulement, qu'ils se partageront; sauf aux premiers, comme aux seconds, leur recours contre les deux enfants qui ont reçu au delà de ce qu'ils devaient recevoir. On doit, sous ce rapport, considérer cet excédant comme une sorte de créance de la succession, dont le recouvrement incertain ne permet pas de la compter au nombre des valeurs positives.

298. De son côté, l'enfant naturel a-t-il le droit d'exiger le rapport des héritiers légitimes?

Et si ce rapport est fait par l'un de ces derniers à ses cohéritiers, l'enfant naturel peut-il du moins en profiter?

Enfin, si l'enfant naturel ne peut exiger lui-même le rapport, peut-il du moins prétendre que les héritiers doivent *imputer* ce qu'ils ont reçu du défunt sur ce qui leur revient, pour que lui, enfant naturel, ait ce qui lui est attribué?

M. Toullier dit (tome IV, nº 258) « qu'il lui « paraît que le droit de l'enfant naturel ne s'é- « tend pas sur les biens donnés en avancement « de droits successifs aux héritiers légitimes ou à « quelques-uns d'entre eux, sans quoi leur con- « dition serait pire que celle des donataires « étrangers (2); que l'art. 857 (3) dit expressé- « ment que le rapport n'est dû que par l'héritier « à son cohéritier, mais que l'enfant naturel « n'est point héritier. »

Il ajoute que l'opinion contraire a cependant ses partisans, en ce sens que le rapport ne peut, il est vrai, selon quelques-uns de ces derniers (4), être exigé par l'enfant naturel, mais que celui-ci peut du moins exiger *l'imputation*. Par exemple, dit-il, si, sur une fortune de 48,000 fr., un père qui laisse deux enfants légitimes et un enfant naturel avait fait à l'un des premiers un don entre-vifs de 3,000 fr. en avancement de droits successifs, cette somme, suivant eux, rentrerait fictivement dans le patrimoine du défunt pour régler

(1) Code de Hollande, art. 910 et 953.

(2) Mais ce raisonnement n'a aucune force; car la condition d'un héritier assujetti au rapport envers son cohéritier est aussi, sous ce point de vue, pire que celle d'un donataire étranger, c'est-à-dire d'un individu qui ne serait pas assujetti au rapport.

(3) Code de Hollande, art. 1137.

(4) Mais non selon tous, car M. Chabot, sur l'art 757 (nº 17) décide que le droit de l'enfant naturel s'étend même sur les biens donnés aux héritiers légitimes en avancement de droits successifs, et qu'il a le droit d'en exiger le rapport.

Nous allons revenir sur ce point.

le droit de l'enfant naturel, non par l'effet d'un rapport forcé, qu'il ne peut exiger, mais parce que les dons en avancement d'hoirie ne sont que la simple avance d'une partie de ce qui reviendra à l'enfant avantagé dans la succession *ab intestat*, et qu'il est juste qu'il *impute* sur sa portion ce qu'il a reçu d'avance. Mais que si sur les 48,000 fr. le père en a donné 46,000 à ses deux enfants légitimes, en laissant 2,000 fr. sans disposition, l'enfant naturel *n'a rien à réclamer vers les enfants légitimes,* s'ils s'en tiennent à leur don. Seulement, s'ils voulaient, en qualité d'héritiers, réclamer un droit sur les 2,000 fr. restés sans disposition, l'enfant naturel pourrait les forcer d'imputer ce qu'ils ont reçu sur la part qu'ils auraient eue *ab intestat*. Cette décision, dit enfin M. Toullier, paraît équitable, mais elle ne résout pas la question.

Mais nous demanderons d'abord comment cette décision peut paraître équitable à M. Toullier, qui, plus loin (n° 265), dit positivement : « Il y « a donc une réserve au profit des enfants natu- « rels, suivant les inductions naturelles tirées « du texte, et suivant l'esprit du Code? » qui entend (n° 267) « que cette réserve soit des « trois quarts de celle qu'ils auraient s'ils étaient « légitimes, lorsque leur père ne laisse ni ascen- « dants ni descendants, ni frères ou sœurs, ou « descendants d'eux; du tiers, s'il laisse des « enfants légitimes; de la moitié, s'il laisse des « ascendants? » enfin qui encore (au n° 265) s'accuse « d'avoir, dans la première édition de son « ouvrage, embrassé trop légèrement l'opinion « de plusieurs savants auteurs qui ont soutenu « que l'enfant naturel avait bien, il est vrai, le « droit de demander la réduction des disposi- « tions testamentaires, mais que son droit ne « s'étendait pas aux donations entre-vifs; qu'il « n'y a aucune distinction à faire à cet égard, « parce qu'il y a contradiction évidente à sou- « tenir que les enfants naturels ont une réserve « sur les biens donnés par testament, et qu'ils « n'en ont point sur les biens donnés entre-vifs? » Comment, disons-nous, concilier ces diverses décisions de M. Toullier? Cela nous paraît impossible, et le paraîtra probablement à tout autre; car, si l'enfant naturel a droit à une réserve, qu'il peut même, suivant cet auteur, réclamer sur les biens donnés entre-vifs; si cette réserve est du tiers de celle qu'il aurait eue s'il eût été légitime, dans l'espèce ci-dessus elle eût été de 4,000 fr., et la décision qui lui refuse le droit *de rien réclamer vers les enfants légitimes,* qui le force ainsi de se contenter de 2,000 fr., n'est donc pas *équitable*, comme le dit M. Toullier. Ceux à qui M. Toullier a emprunté l'espèce sont du moins conséquents : ils n'admettent pas que l'enfant naturel ait une réserve quelconque sur les biens donnés entre-vifs ; ils ont tort, nous le croyons ; mais enfin dans leur système l'enfant naturel ne pouvant rien réclamer, ni à titre de réserve, ni à titre de rapport, sur les 46,000 fr. donnés aux deux enfants légitimes, ils sont au moins assez justes pour vouloir que ceux-ci, dans le cas où ils prétendraient des droits dans les 2,000 fr. restés sans disposition, soient tenus d'*imputer*. Mais M. Toullier méconnaît sa propre doctrine ; car si l'enfant naturel peut demander une réduction pour avoir sa réserve complète, il n'est pas *équitable* que les deux frères gardent, d'une manière ou d'autre, les 46,000 fr. qu'ils ont reçus, comme le pense M. Toullier.

299. Mais revenons à la question du rapport. On oppose, comme on l'a dit, à l'enfant naturel qu'il n'est pas héritier, et que le rapport n'est dû que par l'héritier à son cohéritier, suivant l'article 857 précité.

A cela nous répondrons, premièrement, qu'il ne faut pas scinder cet article. Il dit bien que le rapport n'est dû que par l'héritier à son cohéritier, mais il dit aussi de suite en quel sens cela doit être entendu : en ce sens qu'il *n'est pas dû aux légataires ni aux créanciers de la succession.* Cette dernière partie de l'article n'est séparée de la première que par un point et une virgule, comme pour indiquer la conséquence et l'application du principe. Ainsi, en le rédigeant, on ne songeait qu'aux légataires et aux créanciers, et nullement à l'enfant naturel, dont on avait précédemment déterminé les droits, et dont on n'avait point à s'occuper ici.

En second lieu, si l'enfant naturel n'est point héritier, personne ne niera du moins qu'il est *loco heredis*, puisqu'il recueille, par la seule disposition de la loi, une quotité des biens, et quelquefois la totalité, et qu'il est tenu, en conséquence, des dettes et charges de l'hérédité. Il faudrait aller

jusqu'à dire, dans ce système, pour être conséquent, que s'il n'y avait que des enfants naturels, dont un ou plusieurs auraient reçu des avancements, ils n'en devraient pas faire raison d'une manière ou d'autre à leurs consorts; car, pas plus dans ce cas que dans celui où il y a des parents légitimes, les enfants naturels ne sont *héritiers*. Le droit de l'enfant naturel consiste dans une quotité de la portion héréditaire qu'il aurait eue s'il eût été légitime (art. 757) : or il n'aurait pas cette quotité s'il ne profitait pas du rapport que se font les héritiers légitimes, bien mieux s'il n'avait pas lui-même le droit de l'exiger. Pour calculer ce qui lui revient, la loi veut que, vis-à-vis des enfants légitimes, on le suppose tel instantanément, avec tous les effets qui sont attachés à cette qualité. Ainsi, il n'y a rien à induire contre lui d'un texte qui n'a point été rédigé contre lui, mais bien seulement contre les légataires et les créanciers.

Enfin on peut répondre aux partisans de l'opinion contraire, et même à celle de M. Toullier, qui dit notamment que « le système de l'imputation se confond presque toujours dans ses effets avec celui du rapport, » et qui admet cependant le premier, comme on vient de le voir; on peut répondre, disons-nous, que l'enfant naturel, aux termes de l'article 760, est bien tenu d'*imputer* sur ce qu'il a droit de prétendre tout ce qu'il a reçu de ses père ou mère, et qui serait sujet à *rapport* d'après les règles sur les *rapports*, et néanmoins il n'est pas *héritier*. Voilà donc celui qui n'est pas héritier devant le *rapport fictif* à celui qui *n'est pas son cohéritier*, lui devant un rapport en moins prenant, ce qui est aussi un rapport d'après le Code lui-même (article 858 (1) et autres). Donc l'art. 857 n'est d'aucune application aux enfants naturels (2).

300. Suivant l'article 761: « Toute réclamation est interdite aux enfants naturels, lorsqu'ils ont reçu, du vivant de leurs père ou mère, la moitié de ce qui leur est attribué par les articles précédents, avec déclaration expresse, de la part de leurs père ou mère, que leur intention est de réduire l'enfant à la portion qu'ils lui ont assignée.

« Dans le cas où cette portion serait inférieure à la moitié de ce qui devrait revenir à l'enfant naturel, il ne pourra réclamer que le supplément nécessaire pour parfaire cette moitié. »

301. Ainsi l'on voit, d'après cet article combiné avec l'art. 908 (3), que s'il n'est pas permis d'augmenter la portion que la loi accorde aux enfants naturels, il est permis du moins de la diminuer.

Il était conséquent, en effet, puisque le père légitime peut réduire ses enfants à une portion moindre que celle qu'ils auraient eue, que le père naturel pût également réduire celle que la loi assigne au sien.

Il y a néanmoins cette différence, que le père légitime n'a guère d'autre moyen de réduire qu'en disposant positivement de ses biens au profit de quelqu'un, tandis que le père naturel peut le faire sans rien donner à personne. Il est censé par cela même vouloir laisser la portion retranchée aux héritiers qui lui succéderont dans l'ordre légitime.

Il le peut aussi tout en disposant d'une partie de ses biens. Mais la question de savoir s'il le peut de manière à ce qu'il ne restât même pas à l'enfant la moitié de ce qu'il aurait eu d'après la loi, dépend de celle de savoir si les enfants naturels ont droit à une réserve, et de quelle quotité se compose cette réserve, eu égard à la qualité des héritiers légitimes appelés à la succession (4)? Et cette question, si controversée d'a-

(1) Code de Hollande, art. 1138.

(2) La question a été jugée dans notre sens par la cour d'Amiens, le 26 novembre 1811. La cour, tout en reconnaissant que l'enfant naturel n'est pas *héritier* dans la véritable acception du mot, a aussi reconnu, d'autre part, qu'il a néanmoins des droits réglés comme ceux d'un héritier, sauf la quotité, et l'obligation de demander la délivrance ou l'envoi en possession, suivant les différents cas; ce qui est très-vrai : en conséquence elle a décidé qu'il était recevable à demander le rapport proprement dit, comme la réduction, dans les cas où ce droit appartiendrait à un héritier. (Sirey, tome XII, part. II, page 411.)

(3) Code de Hollande, art. 935.

(4) M. Toullier, qui reconnaît que les enfants naturels ont droit à une réserve, et qui pense même (à présent) qu'elle s'étend aussi aux biens qui ont été donnés entre-vifs, dit cependant que « la réduction permise par l'art. 761 est indépendante de celle qui peut résulter des dispositions permises aux père et mère, jusqu'à concurrence de la portion disponible; en sorte que l'enfant naturel, déjà réduit à ne prendre part que dans les biens indisponibles, ou dont les père ou mère n'ont pas disposé, peut encore être réduit à n'avoir dans ces biens que la moitié des droits déterminés par les art. 757 et 758. »

Bien certainement M. Toullier ne pourrait concilier les résultats de sa décision avec celle qu'il donne au sujet de la réserve. En effet, il veut (n° 267) que la réserve soit du tiers de celle qu'aurait eue l'enfant naturel s'il eût été légitime, dans le cas où il y a des descendants légitimes; de moitié, dans le cas où il y a des ascendants, ou des frères ou sœurs, ou descendants

bord, nous la traiterons après avoir expliqué l'article ci-dessus.

302. Auparavant, nous ferons observer que la plupart même de ceux qui accordent une réserve à l'enfant naturel n'exigent pas, pour qu'il soit obligé de s'en contenter, *quand le père a disposé de ses biens,* soit par donation entre-vifs, soit par testament, qu'il ait donné de son vivant à l'enfant, et que celui-ci ait reçu, soit la moitié de ce qui lui serait revenu sans les dispositions, et d'après la loi seule, soit même une partie quelconque. Ils n'exigent pas davantage une déclaration du père de vouloir réduire son enfant : la seule disposition qu'il fait de ses biens est une preuve assez claire de sa volonté à cet égard, et l'enfant se trouve tout simplement réduit, puisqu'il n'a plus d'autre droit que celui de la réserve, qui est bien moindre que la quotité que la loi lui assignait.

303. Ainsi l'article 761 ne s'applique pas au cas où le père, par des dispositions, n'a laissé à l'enfant d'autre droit que celui de demander une réduction pour obtenir une réserve, en admettant encore qu'il en ait une. Dans ce cas, la réduction que subit l'enfant est tacite, tandis que, d'après l'article, elle doit être expresse.

Elle doit être expresse en effet, parce qu'autrement, quand bien même il aurait reçu de son père quelque chose du vivant de celui-ci, qui n'a pas disposé de ses biens, ou qui n'en a disposé qu'en partie, rien n'attesterait que son père a entendu le réduire; on devrait, au contraire, présumer qu'il a voulu, en lui donnant, lui faire une espèce d'avancement d'hoirie sur les biens qu'il laissera. La déclaration est donc absolument indispensable.

304. Mais est-il nécessaire qu'elle soit faite dans l'acte même par lequel l'enfant naturel reçoit le don? Faut-il du moins le consentement de l'enfant à ce qu'il soit réduit?

L'enfant ne peut-il l'être qu'autant qu'il a reçu quelque chose du vivant du père? Et s'il n'est pas nécessaire que le don s'élève à la moitié de ce qui serait revenu à l'enfant, puisque, d'après la seconde disposition de l'article 761, cet enfant n'a qu'une simple action en supplément pour parfaire cette moitié (quand d'ailleurs le père a déclaré sa volonté de réduire), il faut du moins qu'il ait reçu du vivant du père la totalité de la portion qu'il lui a assignée.

Rien n'indique, dans l'esprit de la loi, que la déclaration de réduire doive être nécessairement faite dans l'acte même de la donation ; rien n'indique non plus que le père ait besoin pour cela du consentement du fils : c'eût été une condition qui eût presque toujours, ou du moins bien souvent, paralysé l'exercice du droit que la loi a voulu laisser au père, et cette condition d'ailleurs n'eût pas été en harmonie avec les principes qui ne permettent point les renonciations à successions futures (article 791) (1), ni aucun pacte sur une succession qui n'est point encore ouverte (art. 1130) (2). On a entendu donner au père le moyen d'écarter de son hérédité un individu qui ne s'y présenterait que sous un aspect fâcheux, désagréable pour les parents légitimes, et dont l'intervention pourrait jeter le trouble dans la famille (3). Son consentement n'a donc pas dû paraître nécessaire.

d'eux; et des trois quarts, lorsqu'il n'y a ni descendants légitimes, ni ascendants, ni frères ni sœurs, ou descendants d'eux : en sorte que sur une succession de 48,000 fr., un enfant légitime, et un enfant naturel, la réserve de celui-ci, feint instantanément légitime pour fixer la quotité disponible, est du tiers de 16,000 fr., ou autrement 5,333 fr. 33 c., parce que sa réserve eût été de 16,000 fr. s'il eût été légitime. Or si le père dispose d'abord au profit d'un tiers de la quotité disponible, et qu'ensuite il réduise l'enfant naturel à la moitié des droits déterminés par l'art. 757, en ce qui concerne les biens non donnés, comme le dit M. Toullier, cet enfant assurément ne trouvera pas ses 5,333 fr. 33 c. de réserve dans la moitié de ce qui lui reviendrait de ces mêmes biens. Il n'y trouverait même presque rien ; car la réserve de l'enfant légitime doit être intacte, quoique nous reconnaissions très-bien qu'elle doit être moindre de ce qu'elle aurait été si l'enfant naturel n'eût pas existé. Mais la différence est peu considérable, comme on le verra bientôt. Ainsi les vues de M. Toullier sont inconciliables dans les résultats. Cet auteur n'a aucun système arrêté sur cet objet ; il va çà et là, et on le conçoit très-bien : c'est qu'il n'a changé d'opinion que sur quelques points seulement de sa doctrine, sans toucher aussi à son ouvrage dans les autres. La réduction permise par l'art. 761 n'est pas tout à la fois celle de la quotité déterminée par la loi et celle de la réserve, ce n'est que la première : une *réserve* ne se *réduit* pas à volonté; autrement ce ne serait plus une réserve.

(1) Code de Hollande, art. 1109.

(2) Ibid., art. 1370.

(3) M. Siméon s'exprimait ainsi devant le corps législatif, en lui rendant compte de la pensée du tribunat sur le projet de loi : « Si, pour la tranquillité et le repos des familles, les père ou mère ont eu soin d'acquitter, de leur vivant, leur dette envers l'enfant naturel ; si, en la payant par anticipation, ils ont

305. Mais comme la réduction n'a lieu, suivant l'opinion commune, qu'autant que l'enfant a reçu du vivant de son père la portion que celui-ci lui a assignée, on a fort bien senti que cet enfant pourrait se refuser à la recevoir : alors, a-t-on dit (1), le recours aux tribunaux serait ouvert au père, et si l'enfant était mineur, on lui ferait nommer un tuteur ou un curateur *ad hoc* pour accepter pour lui, et l'on ferait le placement le plus avantageux des objets donnés.

Il peut y avoir quelque difficulté au sujet de l'enfant majeur qui ne veut pas recevoir : les tribunaux auraient-ils le pouvoir d'accepter pour lui une donation dont il ne veut pas? Cela serait contraire aux principes ; mais ils pourraient déclarer les offres du père valables, et comme tenant lieu de la donation dont l'enfant ne veut pas. Ils ordonneraient la mise en séquestre des biens, ou tout autre mode de placement qui leur paraîtrait convenable. Ils n'accueilleraient, au surplus, les offres du père qu'autant que, par approximation, et suivant les probabilités, elles s'élèveraient à la moitié de ce qui pourrait revenir à l'enfant; car on sent bien que de deux choses l'une : ou le père n'est point obligé de donner de son vivant à l'enfant une portion quelconque, même la plus petite somme, de manière que sa déclaration expresse de vouloir le réduire à la moitié suffirait, quoiqu'il ne disposât pas de ses biens au profit de tout autre ; ou il doit lui donner, de son vivant, ce qui doit remplir le but de la loi, autrement l'offre du plus mince objet ou de la plus faible quotité, pouvant être faite par lui, l'enfant, en réalité, ne jouirait de rien, puisque, dans l'ordre moral, presque rien et rien sont la même chose. Mais précisément l'art. 761, qui autorise la réduction, statue dans l'hypothèse où l'enfant a reçu quelque chose du vivant du père (il parle même d'abord de la moitié de ce qui aurait pu lui revenir), et cette circonstance est une condition de la faculté de réduire (autrement que par la disposition des biens au profit d'autres personnes); et l'on a toujours entendu qu'un des motifs de la loi, en permettant cette réduction à l'égard des biens dont le père n'avait pas disposé, était l'avantage que trouverait l'enfant dans une jouissance anticipée : donc on ne doit pas lui en offrir une qui ne serait qu'illusoire.

306. Cependant il y a difficulté sur le point de savoir si l'enfant ne doit pas avoir reçu du vivant de son père, et avec la déclaration de réduction, au moins la moitié de ce qui pouvait lui revenir, pour être déchu du droit de réclamer sa part entière.

M. Toullier s'exprime ainsi sur cette question :
« On est d'accord sur ce point que, si un père
« naturel s'était borné à déclarer, dans un acte
« entre-vifs ou testamentaire, qu'il veut réduire
« son enfant naturel à la moitié de la portion
« fixée par la loi, sans lui avoir remis de son
« vivant la somme, ou la portion de biens déter-
« minée par l'acte de réduction (2), l'enfant na-
« turel serait autorisé à réclamer la portion
« entière que lui attribue la loi (3). »

déclaré ne vouloir pas qu'il vînt après eux troubler leur succession, le Code maintiendra cette disposition, lors même que ce don anticipé n'arriverait qu'à la moitié de la créance... Une pareille donation est utile, et pour l'enfant naturel, qu'elle fait jouir plus tôt, et pour la famille, qu'elle débarrasse d'un créancier odieux. »

Il y aurait toutefois quelques observations à faire sur ce passage, quant à ces mots, *créance*, *créancier*, mais elles n'auraient point de rapport à la question.

(1) Notamment M. Toullier.

(2) Par conséquent, la moitié de la portion fixée par la loi, puisque l'acte de réduction, dans l'hypothèse, contient la déclaration de réduire l'enfant à la moitié de cette portion.

(3) Au même endroit, tome IV, n° 262, l'auteur dit qu'il ne faut pas conclure que la réduction n'aurait pas lieu si le père s'était réservé la jouissance des biens donnés entre-vifs à l'enfant naturel, ou s'il avait stipulé un terme de payement, *pourvu que ce terme ne fût pas celui de la mort*; parce que, dans ces deux cas, l'enfant a reçu une chose certaine et que la propriété de la chose lui a été transférée dès le moment de la donation ; qu'il a pu lui-même en disposer.

Mais nous répondons, 1° qu'il y aurait encore parité quand bien même *ce terme de payement serait celui de la mort du père* : l'enfant pourrait également disposer de la chose donnée, qui ne serait plus maintenant qu'une simple *créance*, comme il pourrait disposer de la nue propriété des objets dont le père se serait réservé l'usufruit. On n'a jamais dit que, parce qu'une *créance* n'était payable qu'à la mort du débiteur, l'effet du droit fût suspendu : il n'y a que l'exécution de retardée. Ce n'est point là une donation à cause de mort. M. Toullier tombe donc dans une grave inconséquence. En second lieu, lorsque le père se réserve l'usufruit (et même, selon nous, lorsqu'il prend de longs termes pour le payement ou la délivrance de la somme ou des objets donnés), il est clair qu'il donne beaucoup moins que s'il donnait la toute propriété, et par conséquent, suivant M. Toullier lui-même, qui veut que l'enfant ait reçu du vivant du père *la moitié* de ce qui lui serait revenu, sans quoi il peut réclamer sa part entière, cet enfant serait bien fondé à refuser

Mais, d'autre part, la seconde disposition de l'article 761 prévoit le cas où l'enfant naturel n'aurait pas reçu du vivant de son père la moitié de ce qui aurait pu lui revenir, et il dit : « Dans « le cas où cette portion (assignée par le père « ou la mère qui ont donné de leur vivant) serait « inférieure à la moitié de ce qui devrait re- « venir à l'enfant naturel, il ne pourra réclamer « que le supplément nécessaire pour parfaire « cette moitié. »

Ainsi l'on voit que, pour que l'enfant naturel soit valablement réduit à la moitié de la portion déterminée par la loi, quand le père a expressément déclaré sa volonté à cet égard, cet enfant n'a pas dû nécessairement recevoir cette moitié du vivant de son père, puisqu'il n'a qu'une simple action en supplément lorsque la portion qui lui a été assignée, et qu'on suppose lui avoir été réellement remise, est moindre que cette moitié. Comment, en effet, un individu pourrait-il faire une appréciation assez exacte de son patrimoine pour pouvoir fixer au juste cette même moitié? D'ailleurs, mille événements peuvent, avant sa mort, déranger ses calculs, en augmentant ou en diminuant sa fortune, ou par l'accroissement ou la diminution du nombre de ses enfants, etc.

La première partie de l'article, en parlant de la moitié de ce qui aurait pu revenir à l'enfant naturel, et en statuant sur le cas où il aurait reçu cette moitié, doit donc s'entendre dans un sens simplement explicatif, comme réglant un cas arrivé, et non pas comme exprimant une condition *sine qua non* de l'effet de la réduction; autrement elle serait en opposition avec la seconde partie et avec le bon sens, qui ne peut se prêter, on le répète, à la possibilité qu'un individu fasse aujourd'hui une évaluation exacte des biens qu'il laissera peut-être dans vingt ou trente ans, et qu'il détermine une quotité qui variera en raison du nombre d'enfants qu'il laissera, et surtout aussi en raison de la qualité des parents qui lui succéderont.

Mais, d'un autre côté, nous ne pensons pas que le père puisse ne rien donner du tout de son vivant à l'enfant, et que sa seule déclaration de vouloir le réduire, exprimée dans un testament ou dans tout autre acte, suffise à cet égard. Sous ce rapport, nous partageons l'opinion de M. Toullier et de la plupart de ceux qui ont écrit sur la matière, reconnaissant, comme nous l'avons déjà dit, qu'un des motifs qui ont déterminé le législateur à consacrer cette faculté pour le père de réduire l'enfant, était l'avantage que celui-ci trouve dans *une jouissance anticipée*. Il faut donc appliquer la loi dans son véritable esprit, à tel point que, lors même que l'enfant aurait donné son consentement à l'acte portant la déclaration de réduction, et par lequel le père lui aurait donné quelque chose, mais d'une si faible importance relativement à ce qui aurait pu lui revenir, qu'on devrait regarder cela comme rien, ce consentement, donné par crainte, *ne pater pejus faceret*, pourrait fort bien être considéré comme nul et de nul effet, ce qui laisserait alors la question dans les termes du droit commun. L'enfant, malgré toute renonciation de sa part à jamais rien réclamer, aurait encore à tout le moins l'action supplémentaire pour parfaire la moitié de ce qu'il aurait eu d'après la loi (art. 791 et 761 combinés); de même, il l'aurait incontestablement si, après avoir reçu une somme, ou un objet valant le tiers de ce qui lui pouvait revenir, le père avait ensuite déclaré par un autre acte, en l'absence de son fils, ainsi que nous croyons qu'il en a le droit, sa volonté de le réduire à cette portion. Mais, dans ce cas, la différence n'étant point très-considérable, il n'y aurait lieu qu'à l'action supplémentaire, tandis que, lorsque le père n'aurait rien donné, ou presque rien donné, la déclaration de vouloir réduire devrait être regardée comme non avenue, faute d'avoir été accompagnée d'une jouissance anticipée par l'enfant, d'une portion raisonnable de la quotité qui pouvait lui revenir d'après la loi.

507. Quand il y a plusieurs enfants naturels, et qu'il y a aussi des descendants légitimes, si quelques-uns des enfants naturels seulement ont été réduits, on peut demander si la réduction profite seulement aux enfants légitimes, ou si elle peut profiter à tous ? Nous croyons qu'elle ne profite qu'aux enfants légitimes, parce que tout doit faire penser qu'elle a été faite uniquement dans leur intérêt. D'ailleurs, les enfants légitimes, comme les seuls saisis, délivrent à chacun des enfants naturels la portion qui lui est attribuée

le don qui ne lui serait offert qu'avec réserve d'usufruit, à moins que la nue propriété ne fût suffisante pour faire cette moitié.

par l'art. 757, et rien de plus. Or, pour cela, ils sont en droit de compter au nombre de ces enfants ceux qui ont été réduits quoiqu'ils ne se présentent point à la succession : chacun d'eux y est représenté par ce qu'il a reçu. Mais on doit néanmoins comprendre fictivement, dans la masse à partager, ce que ces derniers ont obtenu, autrement les autres enfants naturels n'auraient pas totalement ce qui leur revient. Cela fait, ce qu'auraient eu de plus les enfants réduits reste aux légitimes, et la position des autres enfants naturels est la même que si aucun de leurs frères ou sœurs n'avait été réduit.

508. Mais quand il n'y a point d'enfants légitimes, la réduction de quelques-uns des enfants naturels profite nécessairement aux autres ainsi qu'aux parents, par la raison toute simple, que, dans ce cas, la succession se divise par masses, et que moins chacune de ces masses est diminuée, plus ceux qui y ont une part trouvent cette part considérable : or, n'y eût-il qu'un seul enfant naturel non réduit, comme il aurait la moitié de l'hérédité ou les trois quarts, suivant les distinction établies à l'article 757, il est clair qu'il reste avec les mêmes droits. Cependant, si ce qu'ont reçu les enfants réduits et ce que recevraient les autres dans un partage avec les ascendants ou les frères ou sœurs, ou avec d'autres parents, excédait la moitié ou les trois quarts de la succession, ceux des enfants naturels qui viendraient à partage seraient tenus d'imputer sur leur portion, et jusqu'à due concurrence, ce qui a été donné à leurs frères ou sœurs; car les enfants naturels, soit qu'on les considère isolément, soit qu'on les considère collectivement, ne peuvent rien recevoir au delà de ce qui leur est attribué par l'art. 757 (art. 908). De cette manière les parents légitimes et les enfants naturels non réduits profitent proportionnellement de la réduction des autres, mais sans que tous les enfants naturels réunis se trouvent avoir au delà de la quotité fixée par la loi.

509. Il nous reste maintenant à traiter, dans ce paragraphe, la question de savoir si les enfants naturels ont une réserve, et une action en réduction pour la demander, lorsque leurs père ou mère ont disposé de leurs biens, et quelle est la quotité de cette réserve.

Cette question, comme tant d'autres qu'offre cette matière difficile, a été agitée et résolue par la plupart des jurisconsultes qui ont écrit sur le Code, suivant le système particulier que chacun s'est fait sur le plus ou moins de faveur que méritaient à ses yeux les enfants naturels. Nous serons du petit nombre de ceux qui, éloignés de tout esprit de système, pensent qu'on ne doit rien accorder à ces enfants au delà de ce que la loi leur a positivement attribué, mais aussi qu'on ne doit rien leur retrancher de ce qu'elle a bien voulu leur assurer.

510. Quatre opinions (1) se sont élevées sur ce point.

Suivant l'une de ces opinions, les droits des enfants naturels légalement reconnus sont tellement déterminés par les articles 757, 758 et 908 combinés, qu'il ne dépend point du père ou de la mère de les anéantir ou de les augmenter par des dispositions quelconques, ni même de les diminuer, si ce n'est en donnant à l'enfant, de leur vivant, la moitié de ce qui lui est attribué par les deux premiers de ces articles, et avec déclaration expresse que leur intention est de le réduire à cette portion conformément à l'article 761.

Selon cette opinion, l'enfant naturel qui n'aurait pas reçu du vivant de son père la moitié de ce à quoi il pourrait prétendre d'après la loi, avec déclaration expresse de réduction, pourrait réclamer, non pas une simple réserve, dans le cas même où le père aurait disposé de tous ses biens, mais il pourrait même réclamer toute la quotité qui lui serait attribuée par les articles 757 et 758 ; d'où il suivrait, ce qui n'est pas soutenable à cause des résultats possibles, que si le père ne laissait aucun parent au degré successible, comme l'enfant naturel a tout en pareil cas, le père qui n'aurait pas cru devoir se dépouiller d'une partie de ses biens, de son vivant, en sa faveur, ou même qui l'aurait fait, mais qui aurait omis de déclarer sa volonté de le réduire à la moitié, se trouverait n'avoir pu disposer d'un sou, tandis qu'il aurait pu disposer de telle ou telle quotité, si, au lieu d'un enfant naturel, il

(1) On peut les voir développées dans le *Commentaire* de M. Chabot sur cet art. 761

avait eu des enfants légitimes, ou s'il eût laissé des ascendants, et même de la totalité s'il eût laissé des frères ou sœurs, sans laisser de descendants légitimes, ni père ni mère; ce qui serait absurde. Le père, dans cette hypothèse, serait obligé, pour pouvoir disposer de la moitié de ses biens, de donner l'autre moitié, de son vivant, à l'enfant naturel, tandis que si ce dernier eût été légitime, le père eût très-bien pu ne rien donner pendant sa vie à son fils, et disposer néanmoins de la moitié de son patrimoine en faveur de qui bon lui eût semblé; en sorte que l'enfant naturel serait mieux traité que l'enfant légitime, ce qui, encore une fois, n'est pas soutenable.

311. Selon d'autres, l'enfant naturel a bien, il est vrai, un droit, même sur les biens dont le père a disposé, mais ce n'est que sur ceux dont il a disposé par testament, et non sur ceux qu'il a donnés par donations entre-vifs; et ce droit se réglerait, ou d'après les articles 757 et 758, si le père n'avait pas donné de son vivant à l'enfant, et avec la déclaration expresse qu'il entendait le réduire, ou d'après l'article 761, dans le cas contraire (1).

Ceux qui ont soutenu cette opinion se sont fondés sur ce que l'art. 756 (2) ne donne à l'enfant naturel reconnu des droits que sur les biens de ses père ou mère *décédés;* d'où l'on a conclu qu'il n'en avait pas sur ceux qui avaient cessé d'appartenir à ces derniers au moment de leur mort.

Mais on a tiré une fausse induction de ce mot *décédés :* l'enfant légitime lui-même n'a de droit sur les biens de ses père et mère qu'après leur décès (art. 204) (3), et si l'on disait qu'il était par cela même inutile de mentionner le cas du décès des père ou mère de l'enfant naturel, on pourrait tomber d'accord de cette inutilité, dont le Code nous offre plus d'un exemple; mais on ne serait pas autorisé, d'autre part, à conclure de ce mot que c'est en vue d'exclure toute prétention de l'enfant naturel à des droits sur les biens dont son père ou sa mère a disposé entre-vifs, que la loi a employé cette expression, puisqu'elle dit formellement que le droit de l'enfant naturel sera du tiers de ce qu'il aurait été si cet enfant eût été légitime, quand celui-ci est en concours avec des descendants de cette dernière qualité; car bien certainement il ne sera pas du tiers s'il n'a aucune réclamation à élever sur les biens donnés entre-vifs, quand les descendants légitimes auront, au contraire, de justes prétentions sur ces mêmes biens pour obtenir ce qui leur est dû à titre de réserve. Il est donc plus raisonnable de regarder ce mot *décédés* comme une expression parasite, puisque autrement on contrarierait le système général de la fixation des droits des enfants naturels. Ne serait-il pas possible d'ailleurs que le législateur eût entendu

(1) Telle avait été d'abord l'opinion de M. Toullier, qui annonce, comme nous l'avons dit, qu'il s'était laissé trop légèrement entraîner, sur la foi de plusieurs auteurs recommandables, à faire, en ce qui touche le droit de l'enfant naturel, une distinction que rien ne justifie maintenant à ses yeux, qui lui paraît même dénuée de tout fondement, entre les donations entre-vifs et les dispositions testamentaires. Il a raison, selon nous, d'avoir changé d'opinion à cet égard; mais, pour être conséquent dans les résultats auxquels a droit de prétendre l'enfant naturel, M. Toullier ne devait pas dire, ainsi que nous en avons déjà fait la remarque, que « la réduction à laquelle le père a soumis l'enfant, en vertu de l'art. 761, est indépendante de celle qui peut résulter des dispositions permises aux père et mère, jusqu'à concurrence de la portion disponible, de manière que l'enfant déjà réduit à ne prendre part que dans les biens indisponibles, peut encore être réduit à n'avoir dans ces biens que la moitié des droits déterminés par les art. 757 et 758; » car que lui restera-t-il quand on n'aura laissé aux enfants légitimes eux-mêmes que tout juste leur réserve?

M. Toullier ne devait pas dire non plus qu'il y a toutefois une distinction à faire entre les biens donnés entre-vifs avant ou après la reconnaissance de l'enfant naturel, parce que, suivant cet auteur, ce n'est que par sa reconnaissance que l'enfant naturel acquiert des droits à l'égard des tiers; que son droit ne peut s'appliquer aux biens dont ils étaient déjà propriétaires incommutables avant qu'il fût reconnu; tout de même que l'enfant adopté, quoiqu'il ait les mêmes droits que l'enfant né en mariage, ne pourrait cependant exercer la réserve sur les biens dont l'adoptant avait disposé entre-vifs avant l'acte d'adoption : car précisément, au contraire, l'adopté peut très-bien, ainsi que l'a jugé la cour de cassation, après un mûr délibéré, par arrêt que nous rapportons au tome III, nos 317 et suivants, exercer sa réserve sur les biens donnés *avant* l'adoption, attendu que ce n'est point là une *révocation* de la donation, mais l'exercice d'une simple action en *réduction.* Et quant à l'enfant naturel, il n'est pas tel par rapport à l'individu qui l'a reconnu seulement depuis la reconnaissance, il est son enfant depuis la conception, et il l'est avec tous les effets, toutes les conséquences qui sont attachées à cette qualité, sauf aux tiers à contester la sincérité de la reconnaissance, s'ils croient en avoir le droit. Et dire qu'ils étaient propriétaires incommutables des biens qui leur avaient été donnés avant la reconnaissance, pour en conclure que l'enfant naturel n'y a aucun droit, c'est uniquement une pétition de principe, ou plutôt c'est une erreur; car la reconnaissance est simplement déclarative du fait de paternité, et nullement attributive de la qualité d'enfant, qui est l'œuvre de la nature seule; et les effets attachés à cette qualité sont indivisibles, ils ne se divisent point par les époques.

(2) Code de Hollande, art. 909.

(3) Ibid., art. 375.

par là pousser la précaution jusqu'à vouloir prévenir des actions que les enfants naturels reconnus se seraient crus en droit de pouvoir former contre leurs père ou mère, à raison de ce que, dans la discussion, on a fréquemment qualifié le droit des uns de *créance*, l'obligation des autres de *dette*, entendant fixer par ce mot *décédés* le terme de l'acquittement de cette dette? Ne pouvait-il pas craindre aussi, qu'attendu la modicité de la portion qu'il accordait à ces mêmes enfants, plusieurs se seraient crus en droit d'en réclamer la délivrance, au moins en partie, avant le décès du père ou de la mère, comme devant du moins trouver une compensation dans une jouissance anticipée? Quoi qu'il en soit, et n'attachant pas à ces suppositions plus de poids qu'elles n'en ont, toujours est-il que le droit des enfants naturels étant déterminé par la loi, il ne dépend pas des père et mère de l'anéantir par des dispositions entre-vifs, qui auraient encore ce caractère quoiqu'elles fussent faites le jour même du décès de celui qui les ferait.

Nous ajouterons que plusieurs des partisans de cette distinction entre les biens donnés entre-vifs et ceux donnés par testament, ne nous paraissent pas d'accord avec eux-mêmes sur le motif de la distinction, puisqu'ils professent comme nous, sur l'article 747, que si le donataire a disposé, même par testament, des biens que lui avait donnés son ascendant, le droit de reprise de ce dernier s'est évanoui, *parce que les biens ne sont plus dans la succession :* donc, dans ce système, l'enfant naturel ne devrait avoir non plus aucun droit sur les biens donnés en cette forme par son père ou sa mère, puisque ces biens ne seraient plus aussi dans la succession ; et néanmoins on lui en accorde : on ne lui en refuse que sur les biens donnés entre-vifs (1).

312. La troisième opinion (2) consiste à refuser toute espèce de réserve aux enfants naturels sur les biens dont leurs père ou mère ont disposé, soit par donations entre-vifs, soit par testament. On se fonde sur ce que les droits des enfants naturels sont réglés au titre *des Successions ab intestat*, qu'ils supposent par conséquent que les père ou mère n'ont pas disposé de leurs biens, et que les articles 913 et 914 (3) n'établissent de réserve qu'au profit des enfants et descendants, c'est-à-dire *des enfants et descendants légitimes*, ainsi qu'on doit l'entendre d'après cet art. 913, qui ne parle évidemment que des enfants légitimes; enfin sur ce que l'action en réduction n'a lieu, aux termes de l'article 921 (4), qu'au profit de ceux en faveur desquels la loi a fait la réserve, par conséquent en faveur des descendants légitimes et des ascendants seulement.

Mais on répond que si l'enfant naturel n'est point mentionné dans le chapitre qui traite *de la portion de biens disponible et de la réduction*, c'est, d'une part, parce qu'on avait précédemment fixé la base de son droit, et, d'autre part, parce qu'on ne pouvait mêler à des dispositions, déjà par elles-mêmes fertiles en conséquences, d'autres dispositions très-compliquées, à raison de la diversité des cas, ce qui aurait embarrassé la rédaction des premières, rendu leur application plus difficile, et ce qui, malgré toute l'attention des rédacteurs, aurait encore offert des lacunes, et même des contradictions avec d'autres règles. Il suffisait donc que la base du droit des enfants naturels fût posée : or elle l'est dans les art. 757 et 758 ; et qu'importe, après cela, que ces articles occupent telle place dans le Code plutôt que telle autre? Ce qui serait nécessaire pour que les enfants naturels n'eussent aucun droit à une réserve, pour que leur père pût, d'un trait de plume, les priver de toute portion dans sa succession, ce serait une disposition formelle de la loi qui le dit ainsi. Mais si, d'une part, les art. 913 et 914 ne parlent pas des enfants naturels, d'autre part, ils ne les excluent pas; ils laissent à leur égard les choses dans les termes du droit commun, et le droit commun, relativement

(1) *Voyez*, dans le sens de notre opinion, qui ne fait pour ainsi dire aujourd'hui plus de doute, l'arrêt de la cour de Douai du 14 août 1811. (Sirey, tome XII, part. II, page 1.)

(2) C'est celle de M. Chabot, mais elle n'est guère plus soutenue. Et cependant cet auteur entend bien, lorsque le père n'a pas disposé, que l'enfant naturel ait entiers les droits que lui attribuent les art. 757 et 758, si le père ne l'a pas réduit; et il entend aussi que le père ne puisse le réduire que conformément à l'art. 761. Or, pourquoi donc le père pourrait-il, d'un trait de plume, en donnant tout son bien à un tiers, anéantir ainsi tacitement le droit de l'enfant en totalité, quand il ne pourrait pas, par la seule expression de sa volonté formelle, réduire seulement ce droit ?

(3) Code de Hollande, art. 961 et 962.

(4) Ibid., art. 967, § 2.

à ces enfants, est de les considérer fictivement comme enfants légitimes, pour régler vis-à-vis de leurs frères ou sœurs de cette qualité la portion qui leur revient. Sous ce rapport, ils sont implicitement compris dans ces mêmes art. 913 et 914. Le résultat possible de l'opinion combattue serait, en effet, que si le père avait disposé de tout son bien, l'enfant naturel n'aurait même pas d'action pour obtenir des aliments, tandis que l'enfant adultérin ou incestueux en a toujours une pour cet objet, quelles que soient les personnes qui aient la succession (1).

313. Enfin, la quatrième opinion, qui est la nôtre, comme on a pu le voir par la réfutation des précédentes, est que l'enfant naturel a droit à une réserve, soit en faisant réduire les dispositions testamentaires, soit même, en cas d'insuffisance, en faisant réduire les donations entre-vifs, sans distinction, ainsi que nous l'avons dit dans une des notes précédentes, entre les donations antérieures à la reconnaissance de l'enfant et celles qui seraient postérieures, parce que, en effet, il n'y en a pas à faire en droit, sauf aux donataires antérieurs à cette reconnaissance, à l'attaquer sous le rapport de la sincérité, s'ils prétendent qu'elle n'a été faite que pour altérer leurs droits acquis.

Il s'agit à présent, pour n'être point obligé de revenir sur ce sujet, de déterminer la quotité de cette réserve.

314. Cette quotité doit varier en raison de la qualité des parents légitimes qui sont appelés à la succession, puisque celle qu'aurait eue l'enfant naturel, si son père n'avait pas disposé de ses biens, eût également varié en raison de la même cause.

Comme le droit des enfants à cette réserve est fondé sur celui que la loi leur accorde, suivant la qualité des personnes qui sont appelées par elle à la succession, et dans la proportion de ce droit comparativement à celui de ces personnes, on doit dire que la réserve de l'enfant naturel, lorsqu'il y a des descendants légitimes, est du tiers de ce qu'elle eût été s'il eût été légitime, puisqu'il n'aurait eu, en l'absence de toute disposition, que le tiers de ce qu'il aurait eu s'il avait eu cette qualité.

Ainsi, en supposant un enfant légitime et une succession de 36,000 fr., toutes dispositions comprises et toutes dettes déduites, quelle eût été la réserve de l'enfant naturel s'il eût été légitime? 12,000 fr. En lui accordant le tiers de ces 12,000 fr., ou 4,000 fr., on le traite donc proportionnellement comme il eût été traité dans la succession *ab intestat*, où il n'eût eu que le tiers de ce qui lui serait revenu s'il avait été légitime. C'est ainsi qu'a jugé la cour de cassation par son arrêt du 26 juin 1809 précité. L'enfant naturel réclamait vis-à-vis de son frère légitime, fils unique du testateur et institué par lui légataire universel, et il prétendait au sixième de la succession, sur le fondement que son père n'ayant pas rempli à son égard les conditions énoncées à l'art. 761 pour le réduire, il n'avait pu tacitement le faire par son testament. Le fils légitime soutenait de son côté, que l'enfant naturel n'avait droit à aucune portion de biens quand le père avait, comme dans l'espèce, disposé de tout son patrimoine, qu'aucune loi ne lui donnait d'action en réduction, et qu'en tout cas, s'il pouvait en avoir une, elle ne pourrait être que du douzième seulement de la succession, ou de la moitié de ce qui lui serait revenu s'il n'y avait eu aucune disposition, attendu que le père avait bien pu, par sa volonté exprimée dans son testament, faire ce que l'art. 761 l'autorisait à faire. La cour de Pau avait adopté ces dernières conclusions, en adjugeant à l'enfant naturel le douzième de la succession seulement. Sa décision a été cassée, mais sur ce chef seulement, parce que, suivant la cour suprême, l'enfant naturel devait avoir, dans l'espèce, le neuvième de l'hérédité, l'art. 761 n'étant pas applicable, puisque l'on n'en avait point rempli les conditions. C'était, en effet, une pure question de réserve et non de réduction.

Si, dans l'espèce posée d'abord, il y avait deux enfants légitimes, et toujours un enfant naturel,

(1) Aussi ce système a-t-il été rejeté par arrêt de cassation, rendu conformément aux conclusions de M. Merlin, le 26 juin 1809, et que l'on trouve dans le *Supplément aux Questions de droit* de cet ancien magistrat, au mot *Réserve*, et dans Sirey, tome IV, part. I, p. 337. *Voyez* aussi l'arrêt de la cour de Pau du 8 avril 1810 (Sirey, 1810, II, 239), sans parler de celui de la cour de Douai, précité, et de plusieurs autres rendus dans le même sens.

comme la réserve de celui-ci, en supposant qu'il eût été légitime, eût été du quart seulement des 36,000 fr. montant de la succession, et que son droit est du tiers de ce qu'il aurait été s'il eût été légitime, sa réserve serait de 3,000 fr.

315. Et comme la présence de l'enfant naturel, qui aurait diminué les droits des enfants légitimes dans la succession *ab intestat*, ne doit pas, par la même raison, leur en laisser d'aussi étendus quant à la réserve, il faut, dans les deux cas ci-dessus, retrancher de la masse, savoir : dans le premier 4,000 fr., et dans le second 3,000, et calculer la réserve des enfants légitimes en conséquence : en sorte que dans le premier cas, l'enfant légitime a 16,000 fr., ou moitié sur les 32,000 fr. restant, et le légataire universel (si c'est un legs universel) 16,000; dans le second cas, chacun des enfants légitimes a 11,000 fr., ou le tiers des 33,000 restant, et le légataire 11,000. On conserve ainsi les proportions relatives au changement de taux de la réserve, ou, si l'on veut, de la portion disponible, eu égard au nombre d'enfants légitimes.

316. Mais s'il y avait trois enfants légitimes, ou un plus grand nombre, on ne devrait plus opérer de la même manière, parce que la portion disponible, en pareil cas, ne pouvant dépasser le quart des biens, mais devant pouvoir s'élever à cette quotité (art. 913), la distribution qui serait faite entre les enfants légitimes et le légataire, après le prélèvement de la part réservée à l'enfant naturel, ne laisserait pas entière, au profit du légataire, la quotité disponible. On devrait alors la prélever sur la masse, qui, ainsi réduite à 27,000 fr., se partagerait entre les enfants légitimes et l'enfant naturel d'après les règles tracées à l'art. 757 ; c'est-à-dire que s'il y avait trois enfants légitimes, l'enfant naturel serait supposé une quatrième tête, et sur le quart des 27,000 fr. il aurait le tiers, ou le douzième de cette somme, autrement 2,250 fr.

317. Et s'il y a plusieurs enfants naturels et un ou plusieurs enfants légitimes, on procède d'après les mêmes principes, c'est-à-dire en supposant toujours chaque enfant naturel un moment légitime, mais sans que la quotité disponible puisse jamais être au-dessous du quart, puisqu'elle serait encore telle lors même que tous seraient légitimes. En conséquence, s'il y a deux enfants naturels et deux légitimes, on dira, toujours dans l'hypothèse d'une succession de 36,000 fr. : La réserve de chaque enfant naturel, s'il eût été légitime, aurait été du quart de 27,000 fr., puisque le père n'eût pu disposer que du quart de ses biens; mais chaque enfant naturel n'a que le tiers de ce quart, ou 2,250 fr. ; la réserve des deux est donc de 4,500 fr., qu'il faut retrancher des 36,000 fr.; reste 31,500 fr., et chacun des deux enfants légitimes ayant pour réserve le tiers de cette somme, mais seulement le tiers, parce qu'ils ne sont plus que deux prétendants à la réserve, il a 10,500 fr., et le légataire pareille somme. La réserve des enfants naturels se prend, comme on le voit, et sur la part des enfants légitimes dans la réserve générale, et sur le legs.

318. L'art. 757 ne dit pas textuellement, lorsque l'enfant naturel est en présence d'ascendants, ou de frères ou sœurs, ou d'autres parents, que ses droits sont de la moitié ou des trois quarts de ce qu'ils auraient été s'il eût été légitime, comme il dit formellement qu'ils sont du tiers de ce qu'il aurait eu avec cette qualité, quand il y a des descendants légitimes; mais cela n'existe pas moins dans le fond des choses; car, si l'enfant naturel eût été légitime, il eût eu le total de la succession : il est simplement naturel, il n'en a que la moitié ou les trois quarts; s'ils sont plusieurs, ils auraient eu à eux tous la totalité de l'hérédité, s'ils eussent été légitimes; et comme simplement naturels, ils n'en ont à eux tous que la moitié ou les trois quarts. D'après cela, on peut encore, pour calculer la réserve de l'enfant naturel, dans le cas où il n'y a pas de descendants légitimes, mais des ascendants ou des frères, sœurs, ou descendants d'eux, ou bien d'autres parents, partir du même principe, c'est-à-dire supposer l'enfant légitime, et déterminer son droit de réserve dans la proportion de ce qu'il aurait eu à raison de la qualité de ceux en présence desquels il se trouve, comme on vient de le faire quand il y a des descendants légitimes. La réserve sera aussi une charge commune de celle des ascendants et de la quotité disponible.

319. Supposons donc toujours une succession de 36,000 francs. Le défunt a laissé ses père et mère, un enfant naturel, et il a fait un legs universel au profit d'un étranger.

Si l'enfant naturel eût été légitime, lui seul aurait eu droit à une réserve, et cette réserve eût été de moitié de tous les biens, ou 18,000 fr.; mais il est enfant naturel, et la présence des père et mère du défunt réduit son droit, d'après l'article 757, à la moitié de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime. En conséquence, sa réserve ne sera que du quart, ou 9,000 fr., celle des père et mère sera de la moitié des 27,000 fr. restant; et si le père ou la mère seulement existe, cette dernière réserve sera du quart de cette somme.

320. S'il y avait deux enfants naturels, la réserve de chacun, s'il eût été légitime, aurait été du tiers des biens, ou 12,000 fr.; mais la présence d'ascendants réduit leur droit à moitié, parce qu'ils ne sont qu'enfants naturels : la réserve de chacun d'eux sera donc de 6,000 fr., celle des père et mère de la moitié des 24,000 fr. restant, et du quart seulement s'il n'y en a qu'un d'existant, sans ascendant dans l'autre ligne.

321. Et que l'on ne craigne pas que, à raison du grand nombre d'enfants naturels qui pourraient exister, la manière dont nous calculons leur réserve vis-à-vis d'ascendants puisse jamais leur donner au delà de la moitié des biens, contrairement aux dispositions des art. 757 et 908 (1) combinés; car cela n'arrivera jamais, et ne pourrait être approuvé. Ainsi, il y a six enfants naturels en présence des père et mère du défunt et d'un légataire universel : si les enfants naturels eussent été légitimes, ils auraient eu à eux tous une réserve qui aurait pris les trois quarts de la succession, ou 27,000 fr.; comme enfants naturels, ils n'ont à eux tous que la moitié des droits qu'ils auraient eus s'ils eussent été légitimes, ou 13,500 fr., que l'on doit retrancher de la masse totale, qui, ainsi réduite, est de 22,500 fr. dont moitié pour le père et la mère, ou le quart pour le survivant d'eux, et le surplus pour le légataire.

322. L'opération est encore plus simple lorsque, au lieu d'ascendants, il n'y a que des frères ou sœurs du défunt; car il n'est pas dû de réserve à ces derniers. Si donc il n'y a qu'un enfant naturel, sa réserve, s'il eût été légitime, aurait été de 18,000 fr., ou de la moitié des biens : la présence des frères ou sœurs réduit son droit à moitié; sa réserve est donc seulement de 9,000 fr., ou du quart, et le surplus pour le légataire universel. Sont-ils six enfants naturels, ils auraient eu à eux six, étant légitimes, les trois quarts de l'hérédité à titre de réserve, et ils ont la moitié de ces trois quarts, ou 13,500 fr.

Et, comme l'ont très-bien observé MM. Grenier, Merlin et Toullier, l'enfant naturel ne pourrait pas prétendre que sa réserve doit se calculer comme si les frères ou sœurs du défunt n'existaient pas, sous le prétexte qu'en opposant l'existence des frères ou sœurs, le légataire excipe du droit d'autrui, car en l'instituant, ce légataire, le testateur lui a transféré tout ce qu'ils auraient recueilli (2).

323. Quand il y a tout à la fois des ascendants autres que les père et mère, et des frères ou sœurs, la réserve de l'enfant naturel se calcule bien aussi sur le pied de la moitié de celle qu'il aurait eue s'il eût été légitime; mais la question de savoir si les ascendants en ont une dans ce cas, ou si, au contraire, la circonstance qu'il existe des frères ou sœurs, qui n'ont point de réserve, il est vrai, mais qui excluent les ascendants de la succession *ab intestat*, y met obstacle, est une question que nous avons déjà décidée affirmativement, mais incidemment. Nous la traiterons en son lieu, en expliquant l'art. 915 (3), car elle est générale, et sa décision n'importe nullement aux enfants naturels.

324. Lorsqu'il n'y a que des parents éloignés, troisième hypothèse de l'art. 757, la réserve de l'enfant naturel est des trois quarts de celle qu'il aurait eue s'il eût été légitime, puisqu'il n'aurait eu que les trois quarts de la succession si le défunt n'avait pas disposé. On trouve, en procédant par analogie, que cette réserve est une portion de la

(1) Code de Hollande, art. 910 et 935.

(2) *Voyez* toutefois M. Chabot, tome II, p. 114.

(3) Code de Hollande, art. 962.

succession irrégulière, comme celle de l'enfant légitime est une portion de la succession régulière, ou de son droit héréditaire (1). Ainsi, l'enfant naturel aurait eu une réserve de la moitié des biens s'il eût été légitime; ses droits, comme étant ceux d'un enfant naturel, sont, à raison de la qualité des parents qui auraient été appelés à la succession sans la disposition des biens, des trois quarts seulement : donc sa réserve est des trois quarts de celle qu'il aurait eue s'il eût été légitime, ou des trois quarts de 18,000 fr., dans notre hypothèse d'une succession de 36,000 fr.

325. Si, dans la même hypothèse, il y a plusieurs enfants naturels, par exemple trois, leur réserve eût été de 27,000 fr. s'ils avaient été légitimes, et elle est des trois quarts de cette somme, par conséquent de 20,250 fr., qu'ils se partageront entre eux.

326. Nous ne nous dissimulons toutefois pas que la réserve des enfants naturels se rapproche peut-être beaucoup plus de celle des enfants légitimes que le législateur ne l'a entendu; nous avouerons même, et c'est une objection très-grave que l'on peut faire à notre manière de calculer, que, dans le cas où il n'y a pas de parents au degré successible, comme l'enfant naturel a la totalité des biens, il en résulte que sa réserve se trouve être de la même quotité que celle qu'il aurait eue s'il eût été légitime; mais, d'une part, cela ne serait ainsi qu'autant qu'il n'y aurait qu'un seul enfant naturel (2); et, d'autre part, tous les systèmes que l'on imaginerait pour fixer les bases générales de cette réserve présenteraient très-certainement des inconvénients sous un rapport ou sous un autre. D'ailleurs, dans cette dernière hypothèse, l'enfant n'aurait pu être réduit, en vertu de l'art. 761, au-dessous de la moitié des biens, quand même son père lui aurait donné et livré, de son vivant, une certaine portion de son patrimoine; du moins la lettre de cet article le dit assez clairement.

Au surplus, tous les doutes se dissiperont successivement par la jurisprudence et la doctrine des vrais jurisconsultes : un grand nombre de difficultés qu'a fait naître cette matière sont déjà suffisamment éclaircies.

327. L'enfant naturel reconnu ne pouvant rien recevoir au delà de ce qui lui est attribué par l'art. 757, quand il existe des parents au degré successible (art. 908), il s'ensuit que dans le même cas il ne peut, avec effet, être institué légataire universel par le père ou la mère qui l'a reconnu; il ne pourrait l'être qu'autant que celui qui l'a reconnu ne laisserait pas de parents au degré successible; et même, dans cette supposition, il devrait encore se faire envoyer en possession par le tribunal de première instance, dans les formes qui seront expliquées à la section V, *infra*, attendu que rien n'atteste positivement qu'il n'y a, en effet, point de parents au degré successible dans l'une ou l'autre ligne, que cette preuve, ainsi qu'on le démontrera à l'endroit précité, est presque impossible, du moins qu'elle l'est dans la plupart des cas. Or, s'il existait un parent au degré successible, l'enfant naturel n'aurait plus que les trois quarts de l'hérédité; il n'en aurait même que la moitié si ce parent était un ascendant, ou un frère ou une sœur; par conséquent son legs, quoique qualifié universel, ne serait, en réalité, qu'un legs à titre universel, un legs d'une quote-part, et tout légataire d'une quote-part est obligé de demander la délivrance.

Il ne serait pas douteux, selon nous, s'il y avait des parents connus, qu'il ne la dût demander à ces mêmes parents, puisque le legs fait à son profit n'a pas d'effets plus étendus que ceux qui seraient résultés de la seule disposition de la loi. Ce legs ne serait donc toujours dans ses effets qu'un legs à titre universel, ce qui rendrait applicable l'art. 1011, suivant lequel le légataire à titre universel est tenu de demander la délivrance aux héritiers auxquels la loi fait la réserve d'une quotité des biens; à leur défaut, aux légataires universels, et à défaut de ceux-ci, aux héritiers dans l'ordre établi au titre *des Successions.*

§ II.

Des droits des enfants adultérins ou incestueux.

328. Les dispositions des articles 757 et 758,

(1) C'est aussi l'opinion de M. Toullier, comme sur les cas précédents.

(2) Car deux enfants légitimes auraient, à titre de réserve, les deux tiers de la succession, et trois auraient les trois quarts (art. 913); tandis que, quel que fût le nombre des enfants naturels, leur père pourrait ne leur laisser que la moitié.

que nous venons d'analyser, ne sont point applicables aux enfants adultérins ou incestueux.

La loi ne leur accorde que des aliments. (Art. 762) (1).

329. Ces aliments sont réglés eu égard aux facultés du père ou de la mère, au nombre et à la qualité des héritiers légitimes. (Art. 763) (2).

330. Et lorsque le père ou la mère de l'enfant adultérin ou incestueux lui a fait apprendre un art mécanique, ou lorsque l'un d'eux lui a assuré des aliments de son vivant, l'enfant ne peut élever aucune réclamation contre leur succession. (Art. 764) (3).

Il ne pourrait même, dans ce cas, rien réclamer sur l'hérédité de celui de ses père ou mère qui n'aurait point contribué à lui faire apprendre ce métier, ou à lui assurer des aliments : le texte de l'article ne laisse pas de doute à cet égard, puisqu'il suppose d'abord que les frais ont pu être faits par l'un ou par l'autre, se servant de la disjonctive *ou*, et qu'ensuite il parle de leur succession en général. D'ailleurs, le but de la loi est également atteint, puisque l'enfant a des moyens d'existence assurés. Toutefois, si ce que l'un d'eux lui aurait assuré n'était pas tout à fait suffisant, quand d'ailleurs l'enfant n'a point d'état, il pourrait encore réclamer contre la succession de l'autre, et même un supplément contre celle du père ou de la mère qui n'avait qu'imparfaitement pourvu à ses besoins.

331. Comme l'art. 335 (4), au titre *de la Paternité et de la Filiation*, porte formellement que « la reconnaissance ne pourra avoir lieu au « profit des enfants incestueux ou adultérins, » quelques personnes (5) ont conclu que cela devait s'entendre en ce sens, que si la reconnaissance a néanmoins eu lieu, l'enfant, il est vrai, ne pourra réclamer des droits sur la succession du père ou de la mère qui l'a reconnu, mais qu'il pourra cependant demander des aliments, conformément à l'article 762, attendu qu'il faut bien *nécessairement* supposer une reconnaissance pour qu'il puisse y avoir lieu à réclamer même de simples aliments. Nous avons démontré (6) que la supposition d'une reconnaissance volontaire, telle que celle dont on parle, n'est point du tout de rigueur, puisque dans plusieurs cas l'enfant adultérin ou incestueux se trouve reconnu forcément ; par exemple, dans le cas où un mari a désavoué avec succès un enfant, cet enfant est nécessairement reconnu par la mère ; dans le cas aussi où un mariage a été annulé pour cause de bigamie ou d'inceste, qu'il en est né des enfants qui ont été inscrits aux registres de l'état civil comme nés de ce mariage contracté de mauvaise foi par l'un et l'autre des époux (7), il est clair que les enfants se trouvent par cela même reconnus, et qu'ils sont incestueux ou adultérins. L'article 762 s'applique donc parfaitement à ces cas, et peut-être à quelques autres encore, sans qu'il y ait nécessité de supposer que le législateur ait voulu se contredire en prohibant formellement une reconnaissance volontaire et ordinaire, en défendant même expressément toute recherche de la paternité ou de la maternité en pareil cas (art. 342) (8), et en attachant néanmoins à une telle reconnaissance l'effet de pouvoir servir de fondement à une *action judiciaire* en aliments.

S'il n'a eu pour but, comme on le prétend, en portant cette prohibition, que d'empêcher les enfants incestueux ou adultérins de réclamer des droits sur la succession, il ne devait pas dire que ces enfants *ne pourront être reconnus ;* il devait seulement dire que les enfants de cette qualité n'auraient droit qu'à de simples aliments ; et cette disposition eût encore été bien mieux placée au titre *des Successions* qu'au titre *de la Paternité et de la Filiation*, où celle qui existe a un sens bien plus étendu, puisqu'elle prohibe positivement la reconnaissance, loin de se borner à en déterminer les effets. Ajoutons, qu'en établissant cette prohibition, le principal but de la loi, comme en font foi tous les arrêts de la cour de

(1) Code de Hollande, art. 914.
(2) Ibid., art. 915.
(3) Ibid., art. 916.
(4) Ibid., art. 338.
(5) Notamment M. Toullier, et plusieurs arrêts l'ont même ainsi jugé. *Voyez* au tome III, nos 195 à 209 inclusivement, où nous en rapportons les dispositions.

(6) A l'endroit ci-dessus cité.
(7) Car, si l'un d'eux seulement avait été de bonne foi en contractant ce mariage, les enfants jouiraient de tous les effets civils. (Art. 202.)
(8) Code de Hollande, art. 344.

cassation que nous avons cités à ce sujet, n'a pas été de punir ces enfants, qui sont assurément innocents de la faute de ceux qui leur ont donné la vie, mais bien de prévenir les débats scandaleux qui auraient pu s'élever, et qui s'élèvent encore journellement sur les réclamations de ces mêmes enfants. C'est uniquement dans l'intérêt des mœurs, que cette disposition a été portée : or son but ne sera pas atteint s'ils peuvent former, comme enfants incestueux ou adultérins reconnus, une demande en aliments. Si cet inconvénient existe aussi dans le cas où l'enfant a en sa faveur une reconnaissance forcée, c'est qu'il est inévitable ; d'ailleurs, le fâcheux effet, pour les mœurs, de la divulgation du vice de la naissance de l'enfant et de toutes les circonstances qui s'y rattachent, est déjà produit, et le cas enfin sera infiniment plus rare. Lorsque les tribunaux auront repoussé constamment de pareilles demandes pendant quelques années, on ne leur en présentera plus ; on ne fera même plus de pareilles reconnaissances, qu'on ne peut nier être contraires au vœu de la loi, puisque, encore une fois, elle les interdit formellement. Et si l'on disait à cela que c'est être inhumain envers ces enfants, nous répondrions premièrement que le reproche s'adresserait à la loi elle-même, qui le repousserait par des motifs d'intérêt général, devant lequel cèdent des intérêts privés ; et, en second lieu, nous dirions qu'en réalité nous sommes moins contraire à ces enfants qu'on voudrait bien le croire, puisque nous décidons, et avec la jurisprudence constante de la cour suprême, que les dons et legs qui leur sont faits par leur père ou mère sont valables en général, sans qu'on puisse, pour les faire annuler, rechercher le vice de la naissance de ces mêmes enfants. De cette manière, les père et mère ont un moyen bien simple de leur assurer des aliments, et même plus que cela, sans violer une loi précise qui leur défend de les reconnaître. Nous persistons donc, par tous ces motifs, et par ceux aussi que nous avons émis sur ce point au titre *de la Paternité et de la Filiation*, à croire que toute reconnaissance volontaire d'enfants incestueux ou adultérins est nulle et de nul effet, comme si elle n'existait pas. *Voyez* au tome III, nº 78, l'arrêt de la cour de Rouen, rendu en ce sens.

SECTION II.

DE LA SUCCESSION AUX ENFANTS NATURELS DÉCÉDÉS SANS POSTÉRITÉ.

SOMMAIRE.

332. *La succession de l'enfant naturel décédé sans postérité (légitime) appartient à celui de ses père et mère qui l'a reconnu, et, par égales portions, s'il a été reconnu par l'un et l'autre.*
333. *La loi est fondée sur le principe de la réciprocité.*
334. *Sur la question de savoir si l'enfant a pu être reconnu après sa mort, à l'effet de lui succéder, renvoi.*
335. *Le père ou la mère donateur ou donatrice reprend les choses par lui données, comme dans le cas prévu à l'article 747.*
336. *Si l'enfant naturel a laissé seulement des enfants naturels, les droits de ceux-ci sont réglés, vis-à-vis des père et mère du défunt d'après l'article 757.*
337. *En cas de prédécès des père et mère de l'enfant naturel mort sans postérité, les biens qu'il en avait reçus passent aux frères légitimes, ou à leurs descendants.*
338. *Arrêt de la cour de Riom qui a mal à propos attribué ces biens à celui des père et mère qui ne les avait pas donnés, quoique le donateur eût laissé des enfants légitimes.*
339. *A défaut des père ou mère qui ont reconnu l'enfant naturel, ses autres biens passent à ses frères ou sœurs naturels, ou à leurs descendants.*
340. *Obligation de ceux qui reprennent les biens donnés à l'enfant naturel par son père ou sa mère, de payer les dettes* pro modo emolumenti.

332. Quand un enfant naturel décède sans postérité (légitime), sa succession appartient au père ou à la mère qui l'a reconnu, ou par moitié à tous les deux, s'il a été reconnu par l'un et par l'autre. (Art. 765) (1).

333. La loi s'est déterminée par les principes d'une juste réciprocité : l'enfant naturel n'aurait pas succédé à celui de ses père et mère dont il n'aurait pas été reconnu ; il n'était pas juste dès lors d'admettre ce dernier à lui succéder.

Si l'un des père et mère, qui ont tous deux reconnu l'enfant, est prédécédé, l'autre a droit à toute la succession, sauf ce qui va être dit pour

(1) Code de Hollande, art. 917.

le cas où le prédécédé a donné des biens qui se retrouvent encore en nature dans la succession, et qu'il laisse des enfants ou descendants légitimes.

334. Sur le point de savoir si la reconnaissance peut avoir lieu après le décès de l'enfant, à l'effet de lui succéder, on peut voir ce qui a été dit au tome III, n° 265, où nous décidons la question par la négative, du moins en général.

335. Ainsi qu'on l'a dit plus haut, n° 221, le père donateur ou la mère donatrice reprend les choses par lui données à l'enfant naturel décédé sans postérité, et qui se retrouvent en nature dans sa succession. Il a droit aussi au prix qui serait encore dû de celles que l'enfant aurait aliénées, ainsi qu'aux actions en reprise, s'il en existait. Les motifs qui ont dicté l'art. 747 (1) sont en tout point applicables aux père et mère naturels donateurs, et cette décision est encore confirmée par l'article 766 (2), que nous allons bientôt expliquer.

336. Si l'enfant naturel décédé a laissé seulement des enfants naturels, les droits de ceux-ci sont réglés, vis-à-vis des père et mère du défunt ou de celui des deux qui l'a reconnu, comme il est dit à l'art. 757 ; car il n'y a aucune raison de leur en accorder de plus étendus ou de moindres : ce sont toujours des enfants naturels, qui ne peuvent en conséquence avoir au delà de la quotité déterminée par les articles 757 et 908 combinés, mais qui, à ce titre, doivent avoir cette même quotité. D'après cela, n'étant en concours qu'avec des ascendants, ils ont droit à la moitié de la succession, en quelque nombre qu'ils soient, et ils n'auraient droit qu'à cette moitié quand bien même le défunt n'aurait été reconnu que par son père ou par sa mère seulement (1).

337. Suivant l'art. 766 : « En cas de prédécès « des père et mère de l'enfant naturel, les biens « qu'il en avait reçus passent aux frères ou sœurs « légitimes, s'ils se retrouvent en nature dans « la succession : les actions en reprise, s'il en « existe, ou le prix de ces biens aliénés, s'il est « encore dû, retournent également aux frères « et sœurs légitimes. Tous les autres biens pas- « sent aux frères et sœurs naturels, ou à leurs « descendants. »

Les frères et sœurs légitimes sont mis ici à la place des père et mère décédés, mais seulement pour recueillir les objets donnés par ceux-ci, et qui se retrouvent encore en nature : c'est une subrogation conçue dans l'esprit de l'article 747; aussi doit-on décider que les enfants des frères ou sœurs légitimes ont le même droit. On ne pourrait surtout le leur contester sous aucun prétexte s'il existait encore des frères ou sœurs; car ceux-ci ne sauraient avoir, sur des choses qui provenaient d'un auteur commun, plus de droits que leurs neveux ou nièces, qui représentent naturellement leurs père ou mère prédécédés, quoique l'on soit ici en succession irrégulière : on n'y est pas en ce qui les concerne.

338. On trouve dans le Recueil de Sirey (tome XXI, partie II, page 313) un arrêt de la cour royale de Riom, en date du 4 août 1820, qui a jugé que les enfants légitimes du père ou de la mère de l'enfant naturel reconnu par l'un et l'autre, n'ont point, dans le cas de cet article 766, le droit de recueillir les biens donnés par leur auteur à l'enfant naturel décédé sans postérité, quoique ces biens se retrouvent en nature dans sa succession, si l'autre n'est pas également décédé ; que dans le cas où celui-ci existe encore, c'est lui qui recueille ces biens : « Attendu, dit l'arrêt, qu'il résulte expressé- « ment de l'art. 766 du Code, que, pour que « les objets que l'enfant naturel recueille dans « la succession de son père reviennent aux frères « ou sœurs légitimes, il faut le prédécès des « père *et* mère dudit enfant naturel ; que c'est « là une condition textuellement prononcée par « la loi ; que cette condition comprend cumula- « tivement deux cas, savoir : le cas du décès du « père et celui du décès de la mère ; qu'on ne « peut diviser ces deux cas, que tous deux doi-

(1) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(2) Code de Hollande, art. 918.

(3) M. Delvincourt pense, au contraire, que l'enfant naturel de l'enfant naturel exclut le père de celui-ci, parce qu'ils ont le même vice, et que d'ailleurs l'un est innocent, tandis que l'autre ne l'est pas. Ainsi cet auteur pense que le mot *postérité*, dans l'art. 765, s'entend même des enfants naturels. Nous ne le croyons que d'après la distinction que nous avons faite.

« vent se présenter, et que, dans l'espèce, il ne « s'en présente qu'un, puisque la mère de l'en- « fant naturel est vivante; que sur une matière « telle que celle dont il s'agit, il est dans l'ordre « de s'en tenir à la disposition littérale et pré- « cise de l'art. 766 du Code, dès qu'elle n'est « combattue ni modifiée par aucune autre dispo- « sition législative; qu'on risquerait de s'égarer « en recourant à d'autres dispositions con- « cernant les successions régulières, ces suc- « cessions et les démissions irrégulières ayant « été réglées par des principes différents, d'après « des idées diverses et opposées, et que des « analogies des unes aux autres seraient dange- « reuses. »

Nous tombons d'accord avec l'arrêt, que, lorsqu'il ne s'agira point des biens donnés à l'enfant naturel décédé sans postérité, par son père ou par sa mère, et existant encore dans sa succession, le survivant des père et mère qui a reconnu l'enfant a droit à la totalité, par la raison toute simple que la loi n'appelle même les enfants du prédécédé qu'à l'égard des biens donnés par lui à l'enfant naturel (articles 755 et 766 combinés) (1); que, sous ce rapport, il n'y a pas lieu à procéder par voie d'analogie des articles 749 et 751 (2). Mais quand il s'agit d'objets donnés par le prédécédé des père et mère, qui a laissé des enfants légitimes, et d'objets qui se retrouvent encore en nature dans la succession, les motifs avancés par la cour de Riom, pour les attribuer, et pour les attribuer même en totalité, à celui qui est étranger à la libéralité, nous paraissent, il faut l'avouer, d'une bien grande frivolité.

D'abord, on peut nier qu'en supposant le cas du prédécès des père *et* mère, l'art. 766 soit conçu, comme l'a prétendu cette cour, dans un sens restrictif; qu'il fasse une condition du concours du décès et de l'un et de l'autre, pour que les enfants légitimes du donateur puissent reprendre les biens par lui donnés à l'enfant naturel décédé sans postérité, et qui se retrouvent en nature dans la succession de celui-ci; on peut soutenir, au contraire, qu'il n'est conçu que dans un sens explicatif.

Et, en effet, s'il faut l'entendre à la lettre, et voir dans la conjonctive *et* une condition *sine qua non* du droit des enfants légitimes de celui des père et mère qui a donné à l'enfant naturel, de reprendre les choses par lui données, il en résultera nécessairement que ce droit n'appartiendra qu'aux enfants de celui des père et mère qui aura survécu et qui aura donné; et on demandera alors pourquoi ils seraient traités plus favorablement que ceux du prédécédé également donateur? La loi aurait-elle eu en vue de favoriser ainsi l'un de ceux qui ont vécu en concubinage, au préjudice des enfants légitimes de l'autre? Il est impossible de le supposer. Ce serait d'ailleurs dans beaucoup de cas un obstacle à ce que l'on donnât à l'enfant naturel une certaine portion pour l'empêcher de venir un jour troubler la succession, moyen indiqué par la loi (art. 761), et qui est même dans son vœu. Il est vrai qu'on aurait la faculté de stipuler le droit de retour pour le cas du prédécès de l'enfant donataire; mais cette faculté, que l'on a également dans les autres cas, n'a pas empêché la loi de régler le droit de réversion quand on n'en a point fait usage : c'est donc son esprit qu'il faut consulter sur celui dont il s'agit. Or elle a évidemment dû vouloir que celui des père et mère qui n'a point donné ne profitât pas des biens donnés par l'autre au préjudice des enfants légitimes de ce dernier, quand ces biens se retrouvent en nature dans la succession de l'enfant naturel décédé sans postérité.

On se fonde uniquement sur ce que cet article 766 se sert de la conjonctive *et* au lieu de la disjonctive *ou*, en d'autres termes, qu'il parle du cas du prédécès des père *et* mère de l'enfant naturel décédé sans postérité. Mais est-ce donc le seul cas dans le Code, dont, comme chacun le sait, la rédaction n'est pas la partie la plus irréprochable, où l'on ait employé la conjonctive pour la disjonctive, et *vice versa*? Nous citerions un bien grand nombre d'exemples, au contraire, où de pareilles inexactitudes ont été commises; nous nous bornerons à deux : l'art. 859 dit que : « Le rapport peut être exigé en nature à l'égard « des immeubles, toutes les fois que l'immeuble « donné n'a pas été aliéné par le donataire, ET « qu'il n'y a pas dans la succession des immeu-

(1) Code de Hollande, art. 908 et 918.

(2) Code de Hollande, art. 902.

« bles de même nature, valeur et bonté, dont « on puisse former des lots à peu près égaux « pour les autres héritiers ; » et cependant il est bien évident, d'après l'article 860 (1), suivant lequel le rapport n'a lieu qu'en moins prenant lorsque le donataire a aliéné l'immeuble avant l'ouverture de la succession, qu'il n'est pas nécessaire, dans ce cas, pour qu'il ne puisse être exigé en nature, qu'il y ait dans la succession des immeubles de même nature, valeur et bonté dont on puisse former des lots à peu près égaux pour les autres héritiers : la conjonctive *et* est donc employée dans cet art. 859 pour la disjonctive *ou*. Le second exemple nous est fourni par l'art. 1041, où il est dit que : « Si la chose léguée « a péri depuis la mort du testateur, sans le fait « ET la faute de l'héritier, celui-ci est libéré ; » or il faut évidemment dire sans le fait ou la faute, autrement il y aurait antinomie avec l'art. 1245, qui porte que : « Le débiteur d'un corps certain « est libéré par la remise de ce corps certain dans « l'état où il se trouve, pourvu que les détériorations qui y sont survenues ne viennent « point de son fait ou de sa faute, ou de celle « des personnes dont il est responsable, ou « qu'avant ces détériorations il ne fût pas en « demeure. » Il faut donc aussi lire dans l'article 1041, sans le fait *ou* la faute de l'héritier; car la perte de la chose peut très-bien avoir eu lieu sans la faute de l'héritier, mais cependant par son fait, auquel cas il n'est point libéré. C'est ainsi que, d'après le § 20 INSTIT. *de Legat.*, l'héritier qui ignorait l'existence du codicille qui le grevait du legs d'un esclave, et qui a affranchi cet esclave dans cette ignorance, n'est point libéré par ce fait envers le légataire, quoique assurément on ne puisse pas dire avec quelque raison qu'il est en faute, puisqu'il croyait disposer de sa chose en affranchissant l'esclave. Ces seuls exemples suffisent pour démontrer qu'il faut plutôt s'attacher à l'esprit de la loi qu'à sa lettre, quand cet esprit, comme dans l'espèce en question, ne saurait être douteux. C'est donc mal à propos, selon nous, que la cour de Riom n'a vu le droit que la loi accorde aux enfants légitimes du père ou de la mère de l'enfant naturel mort sans postérité, et qui lui a donné des biens qui existent en nature dans la succession, que dans le seul cas où ces père *et* mère sont tous deux décédés. Elle a ainsi mal à propos confondu ce droit de reprise avec celui de succession aux biens qui n'ont point été donnés à l'effet naturel par son père ou par sa mère (2). La rédaction de l'article devait d'ailleurs être telle qu'elle est, pour le cas où c'eût été celui des père et mère qui n'a pas donné qui serait venu à mourir le premier : dans ce cas, les enfants légitimes de l'autre ne devaient, en effet, pouvoir reprendre les biens par lui donnés qu'autant qu'il aurait aussi prédécédé l'enfant naturel donataire ; mais nous n'attachons par plus d'importance à cette remarque qu'elle n'en mérite ; c'est uniquement à l'esprit de la loi que nous nous attachons, et nous persistons à dire que, suivant cet esprit, l'article 766 n'est pas conçu dans un sens restrictif, mais bien dans un sens explicatif. On n'a pas dû vouloir favoriser l'un des concubins au préjudice des enfants légitimes de l'autre.

339. On a dit plus haut que les autres biens passent aux frères et sœurs naturels, ou à leurs descendants ; en sorte que les frères ou sœurs légitimes sont exclus par eux, bien qu'ils soient comme ceux-ci enfants du même sang, car leur qualité de légitimes ne détruit point celle qu'ils tiennent aussi de la nature. Mais on s'est principalement déterminé, pour donner la préférence aux frères ou sœurs naturels, ou à leurs descendants, par des motifs d'humanité, attendu que les enfants de cette qualité sont le plus souvent dans un état peu favorisé de la fortune. Et si l'on disait que c'est plutôt encore à raison du principe de réciprocité qui règne dans la dévolution des biens par voie d'hérédité, on déciderait par cela même, et négativement, la question de savoir si, lorsque l'enfant naturel décédé ne laisse ni père ni mère qui l'aient reconnu, ni enfants légitimes ou naturels, ni frères ou sœurs naturels, ou descendants d'eux, sa succession ne doit pas appartenir à ses frères ou sœurs légitimes, de préférence au fisc ; mais cette question est précisément sujette à controverse. Nous la déciderions cependant en faveur des frères ou sœurs légitimes, par ces seuls motifs que l'enfant naturel les a privés d'une

(1) Code de Hollande, art. 1139.

(2) C'est aussi l'opinion de M. Delvincourt, qui n'en fait pas même l'objet d'une discussion.

portion quelconque dans la succession des père ou mère, et que généralement le fisc doit passer après tous les autres, *fiscus post omnes*. M. Delvincourt, qui est de cet avis, donne toutefois la préférence au conjoint survivant non divorcé, sur les frères ou sœurs légitimes.

Et l'on remarquera que le Code ne s'explique pas non plus sur le cas où l'enfant adultérin ou incestueux meurt sans postérité, ni frères ou sœurs de sa *qualité*, ni conjoint. Il nous semble que, n'ayant été appelé pour aucune part à la succession de qui que ce fût, personne, dans ce cas, ne devrait être reçu à réclamer la sienne; en conséquence les biens passeraient à l'État.

540. Ce que nous avons dit sur l'art. 747, touchant l'obligation de l'ascendant donateur qui reprend les biens par lui donnés à son descendant décédé sans postérité, de payer les dettes de la succession *pro modo emolumenti* s'applique, par le même motif, au père ou à la mère de l'enfant naturel qui reprennent les biens par eux donnés à ce dernier, ainsi qu'à leurs enfants légitimes dans le cas de l'art. 766; car c'est par droit de *succession* que les biens sont repris, puisque les dispositions qui règlent cette reprise sont placées au titre *des Successions ab intestat;* il y a donc dès lors obligation de payer les dettes dans la proportion de la valeur des biens repris, comparativement au surplus de la succession. Ce n'est point là, en effet, un retour de la nature de celui mentionné aux articles 951 et 962, puisqu'il ne s'exerce point en vertu d'une convention, mais bien en vertu de la loi seulement: comme un droit de succession spéciale sur des objets particuliers, par conséquent avec les obligations attachées aux droits de succession.

SECTION III.

DE LA SUCCESSION DÉFÉRÉE AU CONJOINT SURVIVANT.

SOMMAIRE.

541. *A défaut de parents au degré successible, et d'enfants naturels reconnus, les biens passent au conjoint survivant non divorcé.*

542. *L'époux qui aurait obtenu le divorce ne succéderait pas plus que celui contre lequel le divorce aurait été prononcé.*

543. *L'époux simplement séparé de corps pourrait succéder à son conjoint, quand même la séparation aurait été prononcée contre lui.*

541. Suivant l'article 767 (1), « lorsque le « défunt ne laisse ni parents au degré successible, ni enfants naturels (reconnus), les biens de « sa succession passent au conjoint non divorcé « qui lui survit. »

Cependant, et nonobstant la généralité des termes de cet article, ce n'est pas dans tous les cas que l'époux non divorcé succède à son conjoint décédé sans laisser de parents au degré successible, ni enfants naturels; car 1° si le défunt lui-même était un enfant naturel mort sans postérité, et qu'il eût été reconnu par ses père et mère, ou même par l'un d'eux, qui lui ont survécu, sa succession, ainsi qu'il vient d'être dit, appartiendrait à ces derniers, en vertu de l'art. 765 (2), quoiqu'ils ne fussent pas ses *parents* dans l'ordre civil, dans l'ordre héréditaire, au degré successible, ce qui ne s'entend ordinairement que des héritiers légitimes ou réguliers; 2° de plus, si ce défunt enfant naturel, mort sans laisser de parents au degré successible, eût laissé des frères ou sœurs légitimes, ceux-ci, dans le cas du prédécès de leur père ou de leur mère, auraient repris, comme on vient de le voir, les biens donnés par leur auteur, à l'exclusion du conjoint survivant; 3° enfin, si ce défunt eût laissé des frères ou sœurs naturels, ou descendants d'eux, ceux-ci, en vertu de l'art. 766, auraient exclu de la succession le conjoint non divorcé, quoiqu'ils ne fussent ni parents au degré successible, ni enfants naturels du défunt. On doit donc combiner cet article 767 avec les deux précédents.

542. Le divorce est aboli par la loi du 8 mai 1816; mais en excluant l'époux divorcé de la succession de son conjoint, l'art. 767 peut encore, sous ce rapport, recevoir son application pendant longtemps.

Et il n'y a pas seulement d'exclu celui des époux contre lequel le divorce a été prononcé; l'autre l'est également, puisqu'il n'y avait plus de mariage

(1) Code de Hollande, art 920

(2) Code de Hollande, art 917

lors de la mort du prédécédé : aussi la loi ne fait-elle aucune distinction.

543. Si, au lieu du divorce, il y a eu seulement séparation de corps, on convient bien généralement que l'époux qui l'a obtenue est encore habile à succéder à son conjoint, parce que le mariage subsiste encore, et que l'art. 767 appelle, à défaut de parents au degré successible et d'enfants naturels, le conjoint survivant non divorcé ; que d'ailleurs les torts du prédécédé ne doivent pas ravir à l'époux innocent un droit que lui attribuait la loi. Mais quelques personnes (1) pensent que celui des époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée a perdu, par cela même, s'il n'y a pas eu de rapprochement avant la mort du conjoint, le droit de pouvoir lui succéder. On se fonde notamment, pour le décider ainsi, sur ce que, dans la discussion au conseil d'État sur cet art. 767, il fut dit que la séparation de corps devait être exclusive du droit de succéder au conjoint, comme le divorce lui-même, attendu que les successions *ab intestat* sont déférées sur la présomption d'affection du défunt pour celui qui lui succède, et que cette présomption cesse dans le cas de séparation de corps comme dans celui de divorce. Aussi, ajoute-t-on dans cette opinion, la séparation de corps faisait-elle cesser la succession *unde vir et uxor*. On dit enfin que l'article fut renvoyé à la section de législation pour être rédigé dans ce sens.

Mais il ne l'a point été : il n'exclut que l'époux divorcé, parce que le divorce seul, et non la séparation de corps, rompt le lien qui attachait les époux l'un à l'autre. D'ailleurs, comme, en général (2), les droits de successibilité sont fondés sur le principe de la réciprocité, il faudrait, pour observer ce principe, décider aussi que, réciproquement, l'époux innocent n'a plus, par le fait de la séparation de corps, le droit de succéder à l'époux coupable ; en sorte qu'une décision qui, appliquée à ce dernier ne doit profiter qu'à l'État, puisque c'est lui qui est appelé à défaut de conjoint à recueillir les biens, tournerait, par voie de conséquence, au détriment de l'époux lui-même qui aurait obtenu la séparation; ou il faudrait, et hors le cas d'une disposition expresse de la loi, déroger au principe de la réciprocité. Enfin, il est aujourd'hui de jurisprudence constante que les dispositions pénales du titre *du Divorce* ne sont point applicables au cas de simple séparation de corps : nous en avons fourni la preuve par plusieurs arrêts de cassation, en traitant de la *Séparation de corps*, au tome II, où nous décidons aussi la question dont il s'agit en ce sens (n° 636). Or l'exclusion du droit de succéder, droit attribué par la loi, dans le cas qu'elle prévoit, est incontestablement une déchéance, c'est-à-dire une *peine*.

SECTION IV.

DE LA SUCCESSION DÉFÉRÉE A L'ÉTAT PAR L'EFFET DE LA DÉSHÉRENCE.

SOMMAIRE.

544. *A défaut de parents au degré successible, d'enfants naturels reconnus, et de conjoint survivant non divorcé, les biens passent à l'État par droit de* déshérence.
545. *Quand devient-il certain que la succession appartient à l'État à ce titre.*
546. *Il ne faut pas confondre une succession simplement vacante, avec une succession en état de déshérence.*
547. *L'état de vacance peut toutefois être ou devenir l'état de déshérence.*
548. *Les effets mobiliers apportés par ceux qui sont morts dans les hospices appartiennent à l'hospice, et non à l'État.*

544. Enfin, à défaut de parents au degré successible dans l'une et l'autre ligne, d'enfants naturels reconnus, ou descendants d'eux, et de conjoint survivant non divorcé, la succession est acquise à l'État. (Art. 768) (3).

Elle lui est acquise par l'effet de la *déshérence* (4), comme biens vacants et sans maître, en vertu du principe établi à l'art. 539 (5), ainsi

(1) Notamment M. Delvincourt. M. Chabot est d'un avis opposé.

(2) On trouve une exception à ce principe dans l'art. 350, qui donne bien à l'adopté le droit de succéder à l'adoptant, mais sans que celui-ci ait, de son côté, le droit de successibilité à l'égard de l'adopté, qui reste dans sa famille. (Art. 348.)

(3) Code de Hollande, art. 920.

(4) Privation d'héritier.

(5) Code de Hollande, art. 576.

conçu : « Tous les biens vacants et sans maître, « et ceux des personnes qui décèdent sans héri- « tiers, ou dont les successions sont abandon- « nées, appartiennent au domaine public (1). »

345. Il faut donc, pour que la succession soit en déshérence, qu'il n'y ait réellement pas d'héritiers, soit du choix exprès de l'homme, soit de la loi, ni de successeurs irréguliers ; en sorte qu'il ne devient certain qu'elle appartient à l'État qu'à l'expiration du temps après lequel la prescription contre l'action en pétition d'hérédité se trouve acquise à son profit, et le dispenserait ainsi de restituer les biens qu'il a appréhendés, dans le cas où il se présenterait un successeur quelconque pour les réclamer. Sans doute, le droit de l'État n'en est pas moins existant avant cette époque, si réellement il n'y a aucun successeur, d'après la maxime : *Quæ per rerum naturam certa sunt, non morantur actum, quamvis nobis ignota sunt ;* et, sous ce rapport, ce droit n'a rien de conditionnel. Mais l'appréhension des biens par l'État, par suite de l'envoi en possession qu'il est tenu de demander, pouvant, tant que la prescription n'est pas acquise, cesser d'un moment à l'autre, par l'apparition d'un successeur alors inconnu, par exemple d'un enfant naturel, il est vrai de dire que son droit n'est point certain aux yeux des hommes tant que le temps requis pour la prescription ne sera pas écoulé.

346. Aussi ne faut-il pas confondre avec la succession en état de déshérence la succession simplement vacante. Sur cette dernière, l'article 811 (2) s'exprime ainsi : « Lorsque, après « l'expiration des délais pour faire inventaire et « délibérer, il ne se présente personne qui ré- « clame une succession, qu'il n'y a pas d'héritier « connu, ou que les héritiers connus y ont « renoncé, cette succession est réputée va- « cante. »

Et dans ce cas, d'après l'article suivant, il est nommé, par le tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel elle est ouverte, et sur la demande des parties intéressées, ou sur la réquisition du procureur du roi, un curateur pour en administrer les biens, mesure qui n'a pas lieu quand la succession appartient à l'État par droit de déshérence, parce qu'alors c'est la régie des domaines qui, après s'être fait envoyer en possession, en administre les biens comme biens de l'État, sauf les mesures conservatrices des droits des intéressés, au cas où il s'en présenterait avant que la prescription fût acquise à l'État.

347. Toutefois, l'état de vacance peut être, en définitive, l'état de déshérence ; mais comme cela est d'abord incertain, parce qu'on ne sait pas facilement s'il n'existe point de successeur quelconque ; qu'il est même, la plupart du temps, impossible d'acquérir une certitude positive à cet égard, la loi, dans le cas de l'art. 811 précité, considère la succession comme simplement vacante, et prescrit la nomination d'un curateur.

Cela veut-il dire néanmoins que la régie des domaines ne peut demander et obtenir l'envoi en possession, et empêcher la nomination d'un curateur à la succession comme simplement vacante, ou faire cesser son administration s'il en a été nommé un, qu'à la charge de prouver que le défunt n'a laissé aucun successeur quelconque, soit de son choix, soit parent au degré successible, soit successeur irrégulier, ou que tous ceux qui auraient pu venir à sa succession y ont renoncé ? C'est un point que nous discuterons à la section suivante.

La question sera la même pour le conjoint survivant, ainsi que pour l'enfant naturel qui prétend à la totalité des biens.

348. Un avis du conseil d'État, approuvé le 8 octobre 1809, porte, entre autres dispositions, que « les effets mobiliers apportés dans les hos- « pices par les malades qui y ont été traités gra- « tuitement doivent appartenir auxdits hospi- « ces, à l'exclusion du domaine, en cas de « déshérence. »

(1) *Voyez*, au sujet de cette disposition, ce qui a été dit au tome IV, n° 195, et n°s 318 et suivants.

L'État devient aussi propriétaire des biens laissés par un mort civilement, à sa mort naturelle, et qu'il avait acquis depuis la mort civile (art. 33). On peut voir au tome I, titre *de la Jouissance et de la Privation des droits civils*, ce qui a été dit sur ce point.

(2) Code de Hollande, art. 1172.

SECTION V.

FORMALITÉS A OBSERVER PAR L'ENFANT NATUREL APPELÉ A LA TOTALITÉ DES BIENS, PAR LE CONJOINT SURVIVANT, ET PAR L'ÉTAT.

SOMMAIRE.

349. *L'enfant naturel qui prétend à la totalité des biens, ainsi que le conjoint survivant et l'État lui-même, doivent se faire envoyer en possession.*
350. *Texte de l'article 769.*
351. *C'est au tribunal du domicile du défunt que l'on doit s'adresser pour obtenir l'envoi en possession.*
352. *Est-il nécessaire, pour qu'ils puissent obtenir l'envoi en possession, que l'enfant naturel, le conjoint survivant et l'État, prouvent, au préalable, qu'il n'existe réellement aucun parent au degré successible, ou successeur irrégulier qui les précède? Cette preuve se fait d'après les circonstances.*
353. *Comment se font les publications et affiches prescrites par le Code.*
354. *L'enfant naturel et le conjoint survivant doivent faire emploi du mobilier ou donner caution.*
355. *Comme l'enfant naturel aurait encore une portion plus ou moins forte de la succession au cas où il se présenterait un successible, le cautionnement qu'il devrait fournir sera généralement moins étendu que celui que, en pareil cas, devrait fournir le conjoint.*
356. *Si l'enfant naturel ou le conjoint font vendre le mobilier, ils doivent à cet égard remplir les formalités prescrites à l'héritier bénéficiaire.*
357. *La caution est déchargée au bout de trois ans : comment cela doit être entendu.*
358. *L'État ne doit jamais caution. Loi du 21 février 1827.*
359. *L'enfant naturel, le conjoint et l'État sont soumis à l'action en pétition d'hérédité, au cas où il se présenterait des héritiers; mais ils gardent les fruits par eux perçus de bonne foi.*
360 *L'enfant naturel, le conjoint et l'État sont responsables envers les héritiers, s'il s'en présente, de l'inobservation des formalités qui leur sont prescrites.*

349. Comme il n'est pas certain, lorsqu'un enfant naturel se présente pour avoir la totalité des biens, qu'il n'existe pas des parents au degré successible auxquels il en revient une partie, et auxquels, dans cette supposition, l'enfant naturel devrait même s'adresser pour en obtenir la portion qui lui est due, la loi, pour conserver les droits de ces parents, s'il en existe, prescrit des mesures à cet effet. Elle prescrit également au conjoint survivant et à l'État de les observer, quand ce sont eux qui sont appelés à recueillir les biens.

350. Ainsi, suivant l'article 769 (1) : « Le « conjoint survivant et l'administration des do- « maines qui prétendent droit à la succession, « sont tenus de faire apposer les scellés et de faire « inventaire dans les formes prescrites pour l'ac- « ceptation des successions sous bénéfice d'in- « ventaire. »

Et l'art. 773 (2) rend cette disposition commune aux enfants naturels appelés à défaut de parents.

351. Les uns et les autres n'étant point saisis de plein droit, parce qu'il n'y a que les héritiers réguliers qui le soient (art. 724) (3), ils doivent demander l'envoi en possession au tribunal de première instance dans le ressort duquel la succession est ouverte, c'est-à-dire, d'après l'article 111, dans le ressort duquel le défunt avait son domicile.

Le tribunal ne peut statuer sur la demande qu'après trois publications et affiches, dans les formes usitées, et après avoir entendu le procureur du roi. (Art. 770 et 773 combinés) (4).

Nous reviendrons tout à l'heure sur ces formes, dont ne parle pas le Code de procédure.

352. On a demandé si, pour que l'enfant naturel, le conjoint ou l'État obtiennent l'envoi en possession, conformément à l'art. 770, il n'est pas absolument nécessaire qu'ils prouvent préalablement que le défunt n'a laissé aucun parent au degré successible ; de manière que tant que cette preuve ne serait pas faite il y aurait lieu, dans le cas où il ne se présenterait aucun héritier dans les délais pour faire inventaire ou délibérer, ou que les héritiers connus auraient tous renoncé, à nom-

(1) Code de Hollande, art. 920.
(2) Ibid., art. 920.
(3) Code de Hollande, art. 880.
(4) Ibid., art. 920.

mer un curateur à la succession, qui serait simplement *vacante*, comme il est dit à l'article 811 ?

Ou bien s'il suffit que, après les délais pour faire inventaire et délibérer, il ne se présente aucun successeur quelconque qui doive être préféré au conjoint survivant et à l'État, et concourir avec l'enfant naturel, quand d'ailleurs il est bien constaté qu'il n'y en a pas de connu, ou que ceux qui seraient connus ont tous renoncé ?

M. Toullier dit, au sujet de l'enfant naturel, « Qu'il ne peut demander l'envoi en possession « des biens que dans le cas prévu à l'art. 758, « *lorsque ses père et mère ne laissent pas de* « *parents au degré successible*, » ce qui est incontestable. Et cet auteur ajoute que « l'article ne dit pas : *Lorsqu'il n'y a pas d'héritiers connus, lorsqu'il ne s'en présente pas*, ce qui est tout différent, qu'il ne suffit donc pas, selon le même auteur, qu'il ne se présente point de parents et qu'il n'y en ait pas de connus ; que le Code exige qu'il n'en existe pas, pour que que la dévolution des biens se soit opérée en faveur de l'enfant naturel ; et que tout demandeur devant être certain de sa demande, c'est à l'enfant naturel à faire sa preuve : en attendant, la succession doit être régie par un curateur, comme succession simplement vacante ; ainsi que le veut l'article 811 ; qu'autrement, si, pour qu'une succession fût dévolue aux héritiers irréguliers, c'est-à-dire aux enfants naturels, au conjoint survivant ou à l'État, il ne fallait qu'alléguer qu'il n'y a point d'héritiers connus, il n'y aurait presque jamais de successions vacantes ; que les enfants naturels, le conjoint survivant, ou, à leur défaut, la régie des domaines, qui exerce les droits de l'État, pourraient se faire envoyer de suite en possession de toutes celles qui ne seraient pas réclamées dans les trois mois et quarante jours, lorsque l'héritier présomptif ne serait pas connu, ce qui serait aussi contraire à l'esprit qu'à la lettre du Code, qui ne leur défère la succession que dans le cas où le défunt *ne laisse pas de parents au degré successible*, et non lorsqu'il n'y a pas d'héritiers connus, ou que les héritiers connus ont renoncé, deux circonstances qui rendent seulement la succession vacante. »

M. Toullier dit aussi que : « Ces principes sont « conformes à ceux de l'ancienne jurisprudence, « et, depuis la promulgation du Code, qu'ils « sont professés par la régie des domaines dans « une instruction qu'elle a fait donner à ses pré- « posés, le 5 mars 1806, et qui a été approuvée « par le ministre de la justice et celui des finan- « ces, instruction qui distingue les successions « *vacantes* des successions en *déshérence* (1). »

Mais le même jurisconsulte dit ensuite que : « Les preuves *peuvent rarement être rigoureu-* « *ses;* » et il réduit ainsi la question à une simple question de fait, à résoudre par conséquent d'après les circonstances.

C'est ainsi que M. Chabot, qui combat, sur l'art. 773, l'opinion de M. Toullier, en a jugé lui-même ; en disant que, d'après l'aveu de ce dernier, il ne reste presque plus de difficulté. Il réfute, au surplus, la doctrine de M. Toullier de la manière la plus victorieuse, en démontrant qu'elle est impraticable, contradictoire dans plusieurs de ses parties, et qu'en définitive elle s'analyse en ce qu'enseigne M. Chabot et en ce que nous professons nous-même, c'est-à-dire en une question de faits et de circonstances.

Nous ne reproduirons pas tous les raisonnements de M. Chabot ; nous nous bornerons à dire simplement :

1° Que si la loi eût entendu que l'enfant naturel, le conjoint survivant et la régie fissent la preuve complète qu'aucun successeur quelconque n'existe, ou que tous ceux qui auraient pu prétendre aux biens y ont renoncé, il eût été bien superflu d'ordonner des mesures conservatoires, qui précisément ne sont prescrites que parce qu'il peut se présenter un jour des parties intéressées ou ayant droit à la succession.

2° Que la preuve exigée de l'enfant naturel qui réclame l'envoi en possession des biens, qu'il n'existe aucun parent au degré successible, ou

(1) Cette instruction a été adressée aux procureurs du roi, sous la date du 8 juillet 1806, par le ministre de la justice. Elle est rapportée en entier dans le Recueil de Sirey, tome VI, IIe partie, page 180 ; mais nous n'y avons pas vu des principes aussi absolus que ceux que professe M. Toullier, et en contint-elle de semblables, nous ne croirions pas pour cela que les droits des enfants naturels, du conjoint survivant, pussent en être altérés, ou du moins paralysés dans leur exercice, ainsi que cela résulterait inévitablement du système de cet auteur, s'il devait être suivi dans toutes ses conséquences.

que tous ceux qui existent ont renoncé, est une preuve qui serait presque toujours impossible ; car la famille d'un individu se composant de deux lignes, et chacune de ces lignes de plusieurs branches elles-mêmes, subdivisées la plupart du temps en d'autres branches encore, qui souvent habitent des provinces différentes, et même des pays divers, on n'arriverait presque jamais à la démonstration positive que le défunt n'a laissé aucun parent, dans l'une ou l'autre de ces lignes, au degré successible ; en sorte que l'enfant naturel serait privé, peut-être pendant toute sa vie, du droit qui lui appartiendrait cependant en réalité, de réclamer l'envoi en possession de toute la succession. Et si, comme le dit M. Toullier, qui tombe ici dans une contradiction manifeste avec ses propres principes, il ne doit demander que les trois quarts de l'hérédité, et former pour cela sa demande contre le curateur qui a dû être nommé à la *vacance*, il ne sera guère plus avancé, parce qu'on lui répondra qu'il n'a droit aux trois quarts qu'autant qu'il prouve que le défunt n'a laissé ni ascendants, ni frères ou sœurs, ni (suivant M. Toullier lui-même, comme suivant nous) de descendants d'eux. On lui dirait aussi, s'il se bornait à demander la moitié, qu'il doit préalablement prouver que le défunt n'a laissé aucun enfant ou descendant légitime ; enfin s'il se bornait à ne demander que le tiers de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime, on lui dirait encore qu'il doit prouver combien il y a d'enfants légitimes ou de représentants d'eux, et même d'enfants naturels, puisque l'existence de tous ces divers enfants influe aussi sur la portion qu'il doit avoir. Mais précisément ces preuves étant presque toujours d'un fait négatif qui ne se transforme point en affirmation d'un fait positif contraire, elles sont par cela même impossibles à administrer, si ce n'est moralement, c'est-à-dire d'après les circonstances, comme l'entend M. Chabot, et comme nous l'entendons nous-même.

3° Ces preuves deviennent bien plus impossibles si on les exige du conjoint survivant, et bien plus encore si on les demande à la régie des domaines ; car, seulement en ce qui touche le conjoint, on le réduit à l'obligation de prouver que le défunt n'a laissé aucun parent au degré successible dans l'une et l'autre ligne, c'est-à-dire jusqu'au douzième degré ; qu'il n'a laissé non plus aucun enfant naturel, ni descendants d'enfants de cette qualité, puisque ce n'est qu'à défaut des uns et des autres que le conjoint survivant est admis. Et si le défunt était lui-même un enfant naturel, il faudrait prouver, non-seulement qu'il n'a pas laissé son père ou sa mère, mais encore qu'il n'a laissé ni descendants quelconques, ni frères ou sœurs naturels, ni descendants d'eux, puisqu'ils excluent tous le conjoint. On le demande, comment exiger d'un individu qu'il prouve positivement, comme semble le vouloir d'abord M. Toullier, qui finit cependant par dire ensuite que les preuves *peuvent rarement être rigoureuses ;* comment, disons-nous, exiger d'un individu qu'il prouve que le père du défunt n'a pas laissé d'autre enfant naturel que ce dernier ? Il peut bien y avoir à cet égard des conjectures, des vraisemblances, des probabilités même, mais une preuve positive et en forme logique, jamais. Tout se réduit donc, en pareil cas, à une preuve morale.

4° M. Toullier, ainsi que le remarque très-bien M. Chabot, interprète mal l'art. 811, en lui faisant dire que la succession est simplement vacante, qu'il y a lieu seulement à nommer un curateur, *lorsqu'il n'y a pas d'héritier connu, ou que les héritiers connus y ont renoncé.* Il retranche ainsi une partie essentielle de ce même article, celle-ci qui précède: *Lorsqu'il ne se présente personne qui réclame une succession.* Or on ne peut pas dire cela du cas où un enfant naturel, le conjoint survivant, ou même l'État, se présente pour recueillir l'hérédité. Ainsi, il faut, pour que la succession soit simplement considérée d'abord comme succession vacante, à l'effet de nommer un curateur pour l'administrer, qu'il ne se présente personne pour la réclamer. C'est là le point principal, la condition nécessaire. Diverses causes peuvent faire qu'il ne se présente en effet personne pour réclamer l'hérédité, ou parce qu'il n'y a pas d'héritiers, au moins de connus, ou parce que les héritiers connus, s'il y en a, y ont renoncé, et, dans l'un et l'autre cas, avec cette circonstance, que d'autres que des héritiers auxquels la loi défère aussi les biens à défaut de ces derniers, ne se présentent pas non plus ; car on ne prétendra pas, s'ils ne sont point des *héritiers*, qu'ils ne sont pas du moins

des *personnes*, terme dont se sert l'art. 811, que nous interprétons, et dont la disposition à cet égard serait même superflue, s'il n'entendait pas par là comprendre aussi les successeurs quelconques même du choix de l'homme, puisqu'il s'explique ensuite formellement sur les *héritiers inconnus*, et sur les *héritiers connus* qui ont renoncé.

5° Enfin, n'accorder l'envoi en possession à l'enfant naturel, au conjoint survivant ou à l'État, qu'autant qu'ils ont préalablement prouvé, mais prouvé en forme, par une preuve positive, qu'il n'existe aucun successeur quelconque qui les précède, c'est, en réalité, réduire l'article 773 à une pure abstraction, bien que cette preuve, on en convient volontiers, présentât moins de difficulté dans tel ou tel cas extraordinaire, que dans tel autre. Il est donc plus sage de décider, au contraire, qu'après l'expiration des délais pour faire inventaire et délibérer, l'envoi pourra être demandé et obtenu si aucun successeur ne s'est fait connaître ou n'est d'ailleurs connu, ou si ceux qui auraient droit aux biens y ont renoncé, et qu'il n'y en ait pas d'autres de connus auxquels profiterait la renonciation des premiers; sauf au tribunal à exiger tous les renseignements propres à éclairer sa religion sur ce point, et à décider, s'il pense qu'il existe réellement des ayants droit, qu'il n'y a pas lieu, *quant à présent*, à accorder l'envoi en possession demandé, mais bien simplement à considérer la succession comme vacante, et en conséquence à nommer un curateur, jusqu'à ce que des renseignements plus positifs motivent l'envoi qui lui serait ensuite demandé de nouveau. Ses décisions à cet égard pourraient bien renfermer ce qu'on appelle un *mal jugé*, susceptibles à ce titre d'être réformées en appel; mais tant qu'elles ne seraient motivées que sur les circonstances de la cause, elles ne sauraient violer la loi, ni par conséquent être l'objet de la censure de la cour suprême.

D'ailleurs, le procureur du roi, chargé spécialement de veiller aux intérêts des personnes présumées absentes (art. 114) (1), a mission de la loi pour le cas dont il s'agit; il doit être entendu sur les demandes en envoi en possession (art. 770). Il est donc de son devoir de prendre toutes les informations nécessaires pour découvrir l'existence et le domicile des personnes qui pourraient avoir droit à une succession réclamée en totalité par un enfant naturel, par un conjoint survivant, ou par la régie des domaines au nom de l'État.

(1) Code de Hollande, art. 521.

353. Quant aux publications et affiches, *dans les formes usitées*, dont parle cet art. 770, elles doivent énoncer le décès de la personne dont la succession est réclamée, et la demande qui est formée par l'enfant naturel, le conjoint ou l'État. Elles ont pour objet de faire connaître le décès et l'ouverture de la succession à ceux qui pourraient avoir intérêt à en être instruits, afin qu'ils aient à se présenter et à former opposition à la demande d'envoi en possession. Mais aucune disposition, soit du Code de procédure, soit du Code civil, ne règle la *forme* de ces publications et affiches; ce qui a donné lieu à demander si c'était celle des publications et affiches pour vente d'immeubles, ou bien celle des publications et affiches pour vente de meubles ordinaires, ou enfin celle tracée à l'article 620 du Code de procédure, pour la vente des barques, chaloupes, galiotes, bateaux et autres bâtiments de rivière, moulins et autres édifices mobiles, assis sur bateaux ou autrement.

M. Chabot pense que c'est la forme des publications et affiches pour vente d'immeubles, surtout lorsqu'il y a des immeubles dans la succession.

Nous ne croyons pas, lorsque la succession est de peu d'importance, ce qui est assez l'ordinaire en pareil cas, surtout quand c'est l'État qui la réclame, qu'il y ait nécessité de suivre la forme des publications et affiches pour vente d'immeubles. Le tribunal devra voir, dans les cas surtout où l'hérédité sera déférée à un autre qu'à l'État, quel est le mode, en même temps qu'il remplira le but de la loi, qui sera le moins dispendieux; et le demandeur en envoi en possession se conformera à ce qu'il aura prescrit à cet égard.

354. L'enfant naturel et l'époux survivant sont encore obligés de faire emploi du mobilier, ou de donner caution suffisante pour en assurer la

restitution, dans le cas où il se présenterait des héritiers du défunt (1). Mais la caution est déchargée à l'expiration de trois ans, s'il ne s'en présente pas. (Art. 771 et 773) (2).

355. On sent, au surplus, que dans le cas où le mobilier n'est pas vendu pour faire emploi du prix, le cautionnement que doit fournir l'enfant naturel sera généralement moins étendu que celui que devrait fournir le conjoint survivant, puisque le premier, quand même il se présenterait des héritiers légitimes, aurait toujours une portion de l'hérédité, au lieu que le second n'aurait rien.

La solvabilité de la caution présentée s'estimera donc en conséquence. Cette caution étant exigée par la loi, elle doit réunir toutes les conditions requises par les articles 2018, 2019 et 2040, combinés.

356. Si l'enfant naturel, ou le conjoint survivant, fait vendre le mobilier pour en faire l'emploi, il doit le faire vendre comme le ferait un héritier bénéficiaire; car il n'est en quelque sorte, quant à ce mobilier, dont il ne peut pas disposer à son gré, considéré que comme administrateur durant les trois ans, pendant lesquels la caution est obligée. En conséquence, l'article 805 est applicable; et cet article veut que l'héritier bénéficiaire ne puisse vendre les meubles de la succession que par le ministère d'un officier public, aux enchères et après les publications accoutumées.

Faute par l'enfant naturel ou le conjoint de se conformer à ce qui est dit à ce sujet, il serait passible de dommages-intérêts envers les héritiers, s'il s'en présentait. (Art. 772) (3).

357. La caution est bien déchargée au bout des trois ans (4), s'il ne se présente pas des héritiers qui réclament les biens dans ce délai; mais s'il s'en présente, et qu'ils forment ensuite leur demande contre elle dans les trois ans (5), l'action des héritiers se perpétue, d'après la règle de droit: *Omnes actiones quæ morte, aut* TEMPORE *pereunt, in judicio semel inclusæ judicio salvæ permanent* (6).

Toutefois, si les héritiers la laissaient périmer, faute de continuer leurs poursuites pendant trois ans, ou pendant trois ans et demi, s'il y avait eu reprise d'instance ou constitution de nouvel avoué (art. 397, Cod. de procéd.), et que la péremption fût demandée (art. 400, *ibid.*), alors la caution serait définitivement libérée, parce que l'action serait éteinte par l'expiration du délai fixé par l'article 771 du Code civil, la procédure qui en avait prolongé l'existence étant elle-même anéantie comme périmée. (Art. 401, Cod. de proc.)

358. L'État ne doit jamais caution; il est toujours présumé solvable, d'autant mieux qu'il ne meurt jamais. D'ailleurs, la dignité nationale repousse avec énergie la supposition contraire (7). Aussi le Code se borne-t-il à l'exiger de l'enfant naturel et du conjoint qui ne font pas vendre le mobilier, et uniquement pour cet objet, parce que, pour les immeubles, les héritiers, au cas où il s'en présenterait, pourront les suivre en toutes mains, tant que les tiers ne les auraient pas acquis par prescription.

(1) L'article dit: « Au cas où il se présenterait des héritiers du défunt *dans l'intervalle de trois ans* : après ce délai, la caution est déchargée; » ce qui est une rédaction vicieuse, en ce qu'elle laisserait entendre que la restitution ne devrait avoir lieu qu'autant qu'il se présenterait des héritiers dans le délai de trois ans; tandis que l'expiration de ce délai n'a pour effet que de décharger la caution, et voilà tout.

(2) Code de Hollande, art. 920

(3) Ibid., art. 920.

(4) Ces trois ans ne commencent pas à courir du jour du décès, mais du jour où la caution est reçue. Elle fait sa soumission au greffe. *Voyez* les articles 517 et suivants du Code de procédure.

(5) Nous disons *dans les trois ans*, parce qu'en effet, tant que la caution n'est pas attaquée, elle doit croire que celui qu'elle a cautionné ne s'est point rendu responsable d'aucun fait; et elle n'a aucun motif pour prendre des mesures à son égard: aussi l'article dit-il purement et simplement: « Donner caution suffisante... au cas où il se présenterait des héritiers dans l'intervalle de trois ans; *après ce délai, la caution est déchargée.* »

(6) L. 139, ff. *de Regul. juris.*

(7) La cour de Paris avait cependant jugé que, dans le cas de surenchère hypothécaire faite au nom de l'État, la caution était due par lui, parce que l'art. 2185, qui prescrit cette caution, n'a pas fait exception à l'égard de l'État lui-même. En conséquence, cette cour a déclaré nulle la surenchère qui avait eu lieu au nom du trésor, et sur le pourvoi en cassation, la cour suprême ne voyant aucun texte de la loi violé a cru devoir rejeter le pourvoi, ce qui a fait sentir la nécessité de porter une loi sur cet objet. Cette loi a été, en effet, rendue le 21 février 1827: elle rend l'art. 2185 inapplicable à l'État, en ce qui concerne l'obligation de fournir la caution dont il fait mention.

C'est bien évidemment ce que la loi présuppose ; autrement elle eût dû exiger aussi que le cautionnement s'étendrait aux immeubles : or elle ne l'a pas fait, et c'est une nouvelle preuve de la vérité de ce que nous avons dit déjà bien souvent (1), que l'héritier apparent ne vend pas avec effet les immeubles de la succession, et que tant que les tiers n'ont pas acquis ces biens par la prescription, ils peuvent en être évincés par le véritable héritier. La vente de la chose d'autrui est nulle. (Art. 1599) (2).

359. Quant à l'enfant naturel, au conjoint et à l'État, ils sont soumis, au cas où il se présenterait des héritiers, à la restitution des biens, tant que l'action en pétition d'hérédité ne sera point éteinte par la prescription, c'est-à-dire par trente ans, sans préjudice des suspensions de prescription telles que de droit, pour minorité ou autre cause, sauf à l'enfant naturel à garder la part qui lui revenait dans la succession, et sauf aussi à tous à garder les fruits par eux perçus de bonne foi (art. 138) (3), ainsi que nous l'avons dit en parlant de la *pétition d'hérédité*, au titre *des Absents*, tome I, n°s 588 et suivants.

360. Enfin, d'après les art. 772 et 773 combinés, l'enfant naturel, l'époux survivant, ou l'administration des domaines, qui n'ont pas rempli les formalités qui leur sont respectivement prescrites, peuvent être condamnés aux dommages-intérêts envers les héritiers, s'il s'en présente.

CHAPITRE V.

DE L'ACCEPTATION ET DE LA RÉPUDIATION DES SUCCESSIONS.

SOMMAIRE.

361. *Objet et division de ce chapitre.*

361. Nous avons vu comment et à quelle époque s'ouvrent les successions ;

Quelles sont les qualités requises pour succéder ;

Dans quel ordre les parents du défunt sont appelés par la loi pour recueillir son hérédité ;

Et quelles sont les règles d'après lesquelles les enfants naturels reconnus, et autres successeurs irréguliers, ont droit aux biens du défunt.

Maintenant, il s'agit de voir comment les héritiers répondent à la vocation de la loi, ou la repoussent, en acceptant, ou en répudiant la succession ; car si, dans notre droit français, *le mort saisit le vif et son hoir le plus proche* (art. 724), d'autre part aussi, *nul n'est héritier qui ne veut* (4) (art. 775) : en sorte que celui qui répudie est censé n'avoir jamais été héritier (art. 785). Il se dépouille par là de la qualité qu'il avait, et reste étranger à la succession comme s'il n'y eût jamais été appelé. Mais ce sera par le développement successif de la matière que toute la théorie de la loi sera parfaitement saisie.

Nous suivrons dans ce chapitre la division du Code, sauf à subdiviser quand cela nous paraîtra utile à la clarté de l'exposition du sujet.

Ainsi nous parlerons, dans une première section, de l'acceptation pure et simple des successions ;

Dans une seconde, de la renonciation aux successions ;

Dans une troisième, de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, de ses effets, et des obligations des héritiers bénéficiaires ;

Et dans une quatrième, des successions vacantes.

SECTION PREMIÈRE.

DE L'ACCEPTATION PURE ET SIMPLE DES SUCCESSIONS.

SOMMAIRE.

362. *Division de la section.*

(1) Notamment au t. I, n°s 550 et suivants, et *supra*, n° 269.

(2) Code de Hollande, art. 1507.

(3) Ibid., art. 548.

(4) A la différence du droit romain, dans lequel il y avait deux classes d'héritiers qui étaient tels malgré eux : 1° l'esclave du testateur, institué héritier par lui ; 2° les enfants de famille qui occupaient le premier degré dans la famille *tempore delatæ hereditatis, vel tempore quo certum fiebat patrem-familias intestatum mortuum fuisse.* § 7, INSTIT. *de Hered. quæ ab intest. defer.* Ceux-ci s'appelaient *sui heredes*, et celui-là, *necessarius heres.* §§ 1 et 2, INSTIT., *de Heredum qualit. et diff.* Au surplus, le préteur, dans la suite, accorda le bénéfice d'*abstention* aux héritiers *siens*, et celui de *séparation des biens* à l'héritier *nécessaire ;* au moyen de quoi ce dernier, lorsque la succession était obérée, ce qui avait presque toujours lieu en pareil cas, n'était obligé d'abandonner aux créanciers du défunt que les biens qu'avait celui-ci au moment de sa mort, et non ceux qu'il avait pu acquérir lui-même depuis cette époque.

§ Ier.

De quelle manière on peut accepter une succession.

le Code, ne fait pas acte d'héritier quoiqu'il paye sans protestation ni réserve, et qu'il ne s'agisse même pas d'une dette urgente : controversé.

403. *Les actes de simple surveillance et d'administration provisoire n'emportent point acceptation, si l'on n'y a pas pris la qualité d'héritier.*

404. *Divers actes de cette espèce.*

405. *Quand l'héritier, en les faisant, craint de se compromettre, il peut se faire autoriser à les faire.*

406. *Droit de transmission au profit des héritiers de celui à qui la succession était échue, et qui est mort sans l'avoir acceptée ni répudiée.*

407. *Quoiqu'il eût renoncé, ses héritiers pourraient encore accepter si la succession n'avait pas déjà été acceptée par d'autres.*

408. *En acceptant ou en répudiant cette succession, les héritiers de celui à qui elle était échue acceptent par cela même la sienne.*

409. *S'ils ne sont pas d'accord, la succession est acceptée, mais sous bénéfice d'inventaire.*

410. *Cela a lieu, et mal à propos, quoique, à raison du rapport dont l'héritier défunt eût été tenu, il eût mieux valu pour les héritiers renoncer.*

411. Quid *si, héritier aussi de celui de la succession duquel il s'agit, l'un des héritiers de l'héritier voulait l'acceptation, pour obliger par là ses cohéritiers au rapport à la première succession?*

412. *Les héritiers de celui à qui la succession était échue ne doivent pas le rapport de ce qui leur a été donné par le premier défunt.*

§ II.

Quelles personnes ont capacité pour accepter les successions qui leur sont échues.

413. *En général, toute personne appelée à une succession peut l'accepter.*

414. *La règle souffre plusieurs exceptions : texte de l'art. 776.*

415. *Formalités requises pour l'acceptation des successions échues à des mineurs; l'acceptation ne peut avoir lieu que sous bénéfice d'inventaire.*

416. *La délibération du conseil de famille exigée pour l'acceptation n'est pas assujettie à l'homologation du tribunal.*

417. *Lorsque l'acceptation a été régulièrement faite, le mineur est lié par elle comme le serait un majeur.*

418. *Les mêmes dispositions s'appliquent aux interdits.*

419. *Ceux qui sont placés sous l'assistance d'un conseil judiciaire ne peuvent accepter qu'avec l'assistance de ce conseil.*

420. *Mais alors ils le peuvent purement et simplement, comme sous bénéfice d'inventaire.*

421. *Comment s'acceptent les successions échues à des individus condamnés aux travaux forcés à temps ou à la reclusion, pendant la durée de leur peine, et celles échues à des bannis.*

422. Quid *de celles auxquelles est appelé un individu condamné par contumace à une peine emportant ou n'emportant pas mort civile?*

423. *Les successions échues aux femmes mariées ne peuvent être acceptées par elles que dûment autorisées de leur mari, ou, à défaut, de justice.*

424. *Cas dans lequel les époux étant mariés en communauté, la succession est purement mobilière;*

425. *Et, dans la même hypothèse, quand la femme ne veut pas accepter l'hérédité;*

426. *Et, toujours dans la même hypothèse, quand le mari ne veut pas autoriser sa femme à accepter.*

427. *Cas dans lequel la succession est purement immobilière et que les époux sont également mariés en communauté.*

428. *Cas où, dans la même hypothèse, la succession est partie mobilière, partie immobilière, et que la femme est autorisée de son mari à l'accepter;*

429. *Ou, à son refus, qu'elle est autorisée de justice.*

430. *Cas où les époux sont mariés sous le régime exclusif de communauté.*

431. *Cas enfin où ils sont mariés sous le régime dotal proprement dit.*

432. *Sous quelque régime que les époux soient mariés, si le mari est mineur, la femme ne peut accepter qu'avec l'autorisation de justice.*

433. *Si c'est la femme qui est mineure, elle a besoin pour accepter, quand même son mari serait majeur, d'une autorisation du conseil de famille; et la succession doit être acceptée sous bénéfice d'inventaire.*

434. *Quand la femme dûment autorisée a renoncé, et que le mari a exercé ses droits, le surplus de la part de la femme ne lui revient pas, il reste aux cohéritiers.*

362. Il y a à voir sur cet objet :

1° De quelles manières on peut accepter une succession ;

2° Quelles personnes ont la capacité d'accepter les successions ouvertes à leur profit ;

3° Quels sont les effets de l'acceptation pure et simple ;

4° De la révocation de l'acceptation dans les cas déterminés par la loi.

§ Ier.

De quelles manières on peut accepter une succession.

363. On peut définir l'acceptation d'une succession, l'acte par lequel une personne habile à se porter héritière d'une autre, morte naturellement ou civilement, témoigne sa volonté de prendre à son égard la qualité d'héritier, et, en conséquence, sa volonté de succéder à ses droits et à ses obligations.

Il y a deux manières d'accepter les successions :

Ou purement et simplement,

Ou sous bénéfice d'inventaire. (Art. 774) (1).

Nous parlerons de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire à la section III de ce chapitre : les règles qui en déterminent la forme et les effets ne peuvent être confondues avec celles qui déterminent le mode et les effets de l'acceptation pure et simple.

Quoique ces deux modes d'acceptation aient des effets bien différents sous plusieurs rapports, ils ont néanmoins des conditions communes, qu'il ne sera pas inutile de retracer avant de nous occuper exclusivement de l'acceptation pure et simple.

364. Ainsi, l'on ne peut pas plus accepter bénéficiairement que purement et simplement, une succession qui n'est point encore ouverte, parce que l'on n'accepterait que le néant : *Nulla est viventis hereditas* (2). L'art. 1130 repousserait une telle acceptation ; d'où il résulte que si, sur de faux bruits de la mort d'une personne, son plus proche parent s'est mis en possession de ses biens en qualité d'héritier, il n'a rien fait du tout, *nihil egit*, lors même que la succession viendrait ensuite à s'ouvrir à son profit (3).

365. Et comme l'acceptation d'une succession est la manifestation de volonté de celui qui la fait, de se porter héritier de la personne décédée, il ne suffit pas que cette personne soit en effet décédée, pour qu'on puisse valablement se porter son héritier, il faut de plus savoir qu'elle l'est réellement au moment de l'acte d'acceptation : des conjectures, une opinion probable même, ne suffiraient pas ; il faut ce que les Romains appelaient *animi destinatio* (4).

Néanmoins, en pareil cas, la question se réduisant à une question de fait, elle se résoudrait ordinairement contre l'héritier qui voudrait revenir contre son acceptation, parce qu'on lui dirait qu'il n'a pu vouloir faire un acte vain, qu'il savait par conséquent que la succession était ouverte, comme elle l'était réellement. Mais, dans le droit romain, la question avait, sous un autre rapport, une importance qu'elle n'a pas chez nous ; car si l'héritier fût venu à mourir avant d'avoir acquis la certitude que celui de la succession duquel il s'agissait était réellement décédé, son acceptation étant nécessaire pour acquérir l'hérédité, le droit ne passait pas à ses héritiers, excepté dans un petit nombre de cas (5) ; tandis que chez nous, d'après l'article 781 (6), les représentants de l'héritier pourraient accepter de son chef, en admettant même que l'acceptation qu'il avait faite ne valût rien.

366. Pour que l'acceptation, quel qu'en soit le mode, soit valable, il faut aussi que la succession soit déférée à l'acceptant au moment où il l'accepte (7) : d'où il suit que si, à cette époque, il était incapable de la recueillir, par exemple, parce qu'il était mort civilement, son acceptation serait nulle et ne le lierait point, quand bien même son incapacité serait venue à cesser par sa rentrée dans la vie civile (8) ; d'où il suit aussi que si une autre personne qui précédait celui qui a accepté, était crue morte au moment de l'acceptation, tandis qu'elle ne l'était pas, l'accep-

(1) Code de Hollande, art. 1090.

(2) *Voyez* la L. 27, ff. *de Acquir. vel omitt. hered.*

(3) Même loi 27, ff. *eodem titulo.*

(4) L. 32, ff. *eodem titulo.*

(5) Voyez *suprà*, n° 36, note.

(6) Code de Hollande, art. 1097.

(7) L. 21, § 2, ff. *de Acquir. vel omitt. heredit.*

(8) Ainsi jugé par arrêt de cassation, le 16 mai 1815. (Sirey, 1815, I, 191.)

tation serait nulle et de nul effet (1) : ce qui doit s'entendre même en ce sens, que, quand bien même cette personne viendrait ensuite à renoncer, et qu'ainsi la succession serait dévolue à celui qui l'avait acceptée auparavant, l'acceptation anticipée ne serait point obligatoire pour celui qui l'a faite, attendu qu'il ne pouvait la faire; car, de même qu'on ne peut accepter une succession qui n'est point encore ouverte, de même on ne peut accepter une succession à laquelle on n'est pas appelé actuellement, quoiqu'on puisse y être appelé par la suite (2) : *Sed ita demum pro herede gerendo acquiret hereditatem, si jam sit ei delata* (3). L'article 775 (4) porte que nul n'est tenu d'accepter une succession qui *lui est échue;* donc, au moment où la succession échoit réellement à celui qui l'avait mal à propos acceptée auparavant, cet individu a encore la liberté de la refuser. Il est vrai que celui qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier (art. 785) (5), et que l'acceptation remonte au jour de l'ouverture de la succession (art. 777) (6); d'où l'on pourrait vouloir conclure que celui qui a accepté avant la renonciation du parent qui le précédait, est censé avoir accepté dans un temps où il pouvait valablement le faire, puisqu'il est censé avoir été le plus proche héritier, l'autre parent ne l'ayant jamais été, et puisque aussi la succession était déjà ouverte, qu'il savait qu'elle l'était, qu'il croyait même qu'elle l'était à son profit. Mais ces raisons, quelque spécieuses qu'elles soient, ne sont point concluantes; l'acceptation est un acte de la volonté, et cette volonté ne peut exister avec effet qu'autant qu'elle est accompagnée du droit que l'on veut acquérir : or à l'époque où elle se manifestait, le droit n'appartenait point encore à celui qui la manifestait (7). Mais l'on sent que si, après la renonciation du parent plus proche, celui qui a accepté auparavant fait quelque acte d'héritier, il ne pourra plus revenir sur ses pas. S'il n'en a point fait, il peut encore accepter sous bénéfice d'inventaire, ou renoncer, comme accepter purement et simplement.

367. Et tout ce que nous venons de dire est applicable aussi au cas où le parent le plus proche est mort sans avoir accepté ou répudié, et que, par la voie de la transmission, la succession à laquelle il avait droit a passé, en vertu de l'article 781, au parent plus éloigné qui avait fait cette acceptation anticipée, et qui se trouve son héritier : il peut, comme dans le premier cas, mais du chef de son auteur direct, accepter purement et simplement, ou sous bénéfice d'inventaire, ou renoncer.

368. L'acceptation d'une hérédité ne peut non plus avoir lieu conditionnellement (8) : une telle acceptation serait contraire aux droits des créanciers et des légataires, qui ne pourraient, tant que la condition ne serait point accomplie, demander avec effet leur payement ou la délivrance des legs à l'héritier, qui leur répondrait qu'il est incertain s'il sera au non leur débiteur, et qu'ils aient à attendre l'accomplissement de la condition : ce qui serait une porte ouverte à la mauvaise foi des héritiers.

Elle ne peut non plus avoir lieu jusqu'à une certaine époque, ou pour n'avoir effet qu'à partir d'une certaine époque (9) : l'héritier acceptant est censé tel dès la mort du défunt, et il est tel à toujours, si son acceptation n'est pas révoquée. On verra plus tard les conséquences de ce principe, quand nous parlerons des effets de l'acceptation, au § III de la présente section.

369. Enfin, on ne peut accepter lorsqu'on a légalement renoncé, si ce n'est dans le cas des art. 462 et 790, que nous expliquerons ultérieurement en traitant de la renonciation.

370. Tous les principes ci-dessus sont communs à l'acceptation bénéficiaire et à l'accepta-

(1) L. 21, § 2, ff. *de Acquir. vel omitt. heredit.*
(2) L. 28, ff. *eodem tit.*
(3) L. 21, § 2, ff. *eod. tit.*
(4) Code de Hollande, art. 1091.
(5) Ibid., art. 1104.
(6) Ibid., art. 1093.
(7) M. Chabot est aussi de cet avis, tome II, page 401 de la cinquième édition de son *Commentaire*.

(8) L. 77, *de Regul. juris.* La raison de cette décision, dans le droit romain, était que l'adition d'hérédité était un acte légitime, *actus legitimus*, et que les actes légitimes n'admettaient ni jour, ni condition, ni procureur. Même loi. De là, *Si quis ita dixerit : Si solvendo hereditas est, adeo hereditatem, nulla aditio est.* L. 51, § 2, ff. *de Acquir. vel omitt. heredit.* Lacombe, au mot *Acte d'héritier.*
(9) Même loi 51, § 2, ff. *de Acquir. vel amitt. heredit.*

tion pure et simple. Il s'agit de voir maintenant comment se fait cette dernière.

371. Elle se fait, d'après l'article 778 (1), de deux manières :

Ou expressément,

Ou tacitement.

« Elle est expresse, dit le même article, quand « on prend le titre ou la qualité d'héritier dans « un acte authentique ou privé;

« Elle est tacite quand l'héritier fait un acte (2) « qui suppose nécessairement son intention d'ac- « cepter, et qu'il n'aurait le droit de faire qu'en « sa qualité d'héritier. »

Il n'y a pas d'autre manière d'accepter purement et simplement une hérédité.

372. Ainsi, une déclaration verbale, même faite publiquement, de vouloir accepter la succession d'un *tel,* ne saurait être considérée comme une acceptation valable, fût-elle avouée en justice, dans un interrogatoire sur faits et articles, ou autrement (3). Il ne serait même pas possible de déférer le serment sur un pareil fait, attendu que, fût-il avoué, il ne saurait être considéré comme une acceptation selon le vœu de la loi, et ce serait le cas de dire : *Frustra probatur, quod probatum non relevat.* Les conséquences d'une acceptation de succession peuvent être telles, que le législateur n'a voulu la voir que dans des faits dont les caractères lui ont paru propres à témoigner de la volonté, et de la volonté réfléchie de celui qui l'a faite ; et une déclaration verbale n'offre pas ces caractères.

373. Mais lorsqu'on prend dans un acte le titre ou la qualité d'héritier, la volonté n'est plus douteuse, lors même que cet acte serait sous signature privée : comme un bail, une quittance, une reconnaissance et autre acte privé quelconque.

On pense même (4) qu'il y a acceptation formelle par une lettre écrite par l'héritier qui a pris le titre ou le nom d'héritier, à un légataire ou à un créancier de la succession, quoique généralement, en jurisprudence, on ne range point une lettre, une missive, au nombre des *actes* (5). On se fonde sur ce que le droit romain le décidait ainsi (6), et sur ce que la loi n'a entendu réprouver, comme acceptations expresses, que les déclarations verbales. La question, selon nous, dépendrait beaucoup des termes dans lesquels serait conçue la lettre, ainsi que du but que se proposait naturellement celui qui l'écrivait (7) ; d'où il suit que, dans le cas même où l'on ne serait point suffisamment autorisé à y voir une acceptation expresse, on pourrait y voir une acceptation tacite si la lettre réunissait les conditions voulues par la loi pour que cette sorte d'acceptation existe. Tel serait le cas où l'héritier, sans prendre positivement dans la lettre le titre ou la qualité d'héritier, demanderait néanmoins remise d'une partie du legs ou de la dette, ou même simplement un terme pour le payement, ou proposerait ouvertement une transaction, ou contesterait formellement le droit comme partie intéressée à le contester. Ce serait, au surplus, un point laissé à la sagesse des tribunaux, comme la plupart des questions de cette nature quand elles sont à juger en fait.

374. Au reste, lorsque l'habile à se porter héritier a pris dans un acte authentique ou privé le titre, le nom ou la qualité d'héritier, il n'est pas seulement héritier par rapport à celui avec lequel ou au profit duquel il a fait cet acte, il l'est par rapport à tout le monde ; sa qualité est

(1) Code de Hollande, art. 1094.

(2) Ce mot est pris *lato sensu*, pour signifier aussi bien les faits nus de gestion, comme, par exemple, la vente verbale de tel ou tel effet de la succession, que pour signifier les actes écrits.

(3) La discussion au conseil d'État fait foi qu'on n'a voulu avoir aucun égard aux déclarations verbales ; et l'on a bien fait. On a ainsi prévenu des difficultés, et des dangers pour les habiles à succéder.

(4) Parmi les modernes, M. Chabot notamment, qui tire argument de la L. 65, § 3, ff. *ad S. C. Trebell.*

(5) L'art. 1985, après avoir dit que le mandat peut être donné par acte public ou par écrit sous seing privé, ajoute, *même par lettre.* C'est donc parce qu'on a pensé qu'une lettre n'était point un écrit ou un acte sous seing privé; autrement cette addition eût été superflue.

(6) L. 65, § 1, ff. *ad S. C. Trebell.*

(7) Chacun sait, en effet, que beaucoup de personnes, totalement étrangères à la connaissance des lois, s'appliquent inconsidérément, à la mort d'un parent, le titre d'*héritiers* de ce parent, avant même de connaître l'état de l'hérédité, voulant simplement dire par là que ce sont elles qui ont droit à la succession, comme étant ses plus proches parents : elles le disent parfois dans des lettres, comme elles le disent dans la conversation, comme la loi elle-même le dit dans plusieurs de ses dispositions à l'égard d'individus qui n'ont point encore pris qualité, qui ignorent même le décès. *Voyez* notamment l'art. 909-3° du Code de procédure.

une, elle est indivisible (1). En conséquence, tou créancier, tout légataire, pourra argumenter du fait de prise de qualité dans cet acte authentique ou privé, parce que ce fait n'est considéré que comme la simple manifestation de la volonté de la personne de se porter héritier, et d'être tel vis-à-vis de tous ceux qui pourraient avoir intérêt à trouver en lui le représentant du défunt. Dès lors, les créanciers et les légataires, en cas de contestation sur le fait d'acceptation, auraient qualité et droit pour faire ordonner un compulsoire des actes authentiques dans lesquels ils auraient de justes raisons de croire (2) que l'héritier a pris le titre d'héritier, et qu'il a passé avec telle ou telle personne; et ils se procureraient comme ils le pourraient les actes privés qu'ils supposeraient aussi renfermer la prise de cette qualité.

375. Voilà pour l'acceptation expresse : elle offre peu de difficulté. Mais il n'en est pas ainsi de l'acceptation tacite, qui réside plutôt dans des faits que dans des actes écrits.

Elle a lieu, avons-nous dit, quand l'héritier fait un acte qui suppose nécessairement son intention d'accepter, et qu'il n'aurait le droit de faire qu'en sa qualité d'héritier.

Quelques personnes (3) ont vu dans ces mots *et qu'il n'aurait le droit de faire qu'en sa qualité d'héritier*, une seconde condition jointe à la première, et cumulativement; tout comme si la loi eût dit : Il ne suffit pas, pour qu'il y ait acceptation tacite, que l'habile à succéder ait fait un acte qui suppose *nécessairement* son intention d'accepter; il faut de plus qu'il n'eût le droit de faire l'acte qu'en sa qualité d'héritier. Mais cette interprétation prête une volonté absurde au législateur, et même des vues contradictoires; car si, d'une part, comme on le suppose dans l'article, l'acte de l'héritier attestait *nécessairement* son intention d'accepter, il importerait peu que cet héritier eût pu ou non le faire en une autre qualité que celle d'héritier, et même qu'il n'eût aucune qualité quelconque pour le faire (4), puisque ce que l'on recherche, c'est uniquement sa volonté d'accepter, ou de rester tout à fait en dehors de l'hérédité; et, d'autre part, il y aurait contradiction à supposer que l'acte a dû *nécessairement* être fait avec la volonté d'accepter dans un cas où cet acte pouvait, comme on le suppose, être fait aussi bien en une autre qualité qu'en celle d'héritier. Ces mots n'expriment donc point une seconde condition cumulative de l'acceptation tacite; ils sont simplement démonstratifs des caractères que doit avoir l'acte pour qu'on puisse y voir que l'intention de l'héritier, en le faisant, a été nécessairement d'accepter l'hérédité; en d'autres termes, il faut pour cela que l'acte ne soit pas fait dans de telles circonstances qu'on pourrait, à la rigueur, supposer que l'héritier a entendu le faire en une autre qualité que celle d'héritier, dans un autre but que celui d'accepter la succession; et c'est ce doute que les rédacteurs du Code ont entendu écarter, en ne voyant d'acceptation tacite que dans les cas où l'on ne pourrait supposer, dans l'héritier, d'autre intention, en faisant l'acte, que celle de se rendre héritier, d'agir comme propriétaire du droit objet de l'acte.

376. L'article ainsi entendu, sa disposition finale est une salutaire amélioration apportée aux anciens principes.

Expliquons-nous.

Dans les anciens principes il fallait bien aussi, comme aujourd'hui, pour qu'il résultât d'un acte de l'habile à succéder, acceptation de l'hérédité, que cet acte dût faire supposer son intention à cet égard : tout le monde était d'accord sur le principe; mais quand on arrivait à l'application, alors on disputait beaucoup sur les caractères que devait avoir cet acte, c'est-à-dire que les uns exigeaient, comme le Code, qu'il n'eût pu être fait par l'habile à succéder dans une autre qualité qu'il aurait eue aussi comme il avait celle d'héritier, par exemple, comme copropriétaire avec le défunt du droit objet de l'acte. Mais d'autres n'exigeaient pas absolument, pour qu'il y eût

(1) Ce principe peut fléchir quelquefois par la force de ceux de l'autorité de la chose jugée, ainsi que nous l'expliquerons plus loin.

(2) Ce qu'apprécieraient, au surplus, les tribunaux d'après les circonstances; car, en principe, je n'ai pas le droit de demander communication des actes passés par des tiers; je n'ai pas le droit de pénétrer le secret de leurs affaires.

(3) *Voyez* notamment M. Chabot sur cet art. 778.

(4) Comme la L. 88, ff. *de Acquirend. vel omitt. hered.* nous en offre un exemple, celui où un héritier se met, comme héritier d'une personne, en possession d'une chose qui appartient à un tiers, croyant qu'elle appartient au défunt, cas dans lequel il est devenu héritier.

immixtion, qu'il n'eût pu faire l'acte que comme héritier du défunt, quoiqu'ils voulussent aussi que son intention, en le faisant, fût de l'avoir fait comme héritier. Voilà pourquoi plusieurs décidaient, au surplus, contre l'avis de plusieurs autres, que le payement d'une dette ordinaire (1) de la succession, fait par l'héritier présomptif, sans protestation qu'il entendait ne payer que comme tiers, emportait immixtion, quoique alors, comme aujourd'hui, on pût très-bien payer la dette d'autrui, même sans l'aveu du débiteur, et même sans celui du créancier.

Mais les rédacteurs du Code ont voulu écarter toute espèce de doute qui aurait pu s'élever sur l'intention qu'a pu avoir l'habile à succéder en faisant l'acte : les présomptions de fait, et résultant des circonstances où il se trouvait alors placé, n'ont point paru suffisantes pour reconnaître en lui la qualité d'héritier irrévocablement prise, à cause des conséquences qu'entraîne cette qualité ; il faut qu'il n'ait pu vouloir faire l'acte en une autre qualité que celle d'héritier, c'est-à-dire comme propriétaire, ou du moins, comme se croyant (2) propriétaire à titre d'héritier du droit ou de la chose qui est objet de l'acte.

377. Ainsi, il résulte de l'art. 778 (3), bien interprété, et relativement à l'acceptation tacite, deux choses qui deviennent évidentes pour peu que l'on médite sa disposition.

La première, c'est que, lors même que l'acte fait par l'habile à succéder n'aurait pu être fait par lui qu'en qualité d'héritier, parce qu'aucune autre qualité ne lui donnait le droit de le faire, néanmoins cet acte n'emporte immixtion qu'autant qu'il fait *nécessairement* supposer que celui qui l'a fait avait, en le faisant, l'intention de le faire comme héritier, comme ayant droit à l'objet de l'acte, et comme voulant agir et disposer, à ce titre, en qualité de propriétaire. Voilà pourquoi les actes purement conservatoires, quoique, en général, ils ne doivent être faits que par celui qui a intérêt à la conservation des biens, par conséquent généralement par l'héritier, n'emportent point acceptation par eux-mêmes, parce que ce ne sont pas des actes de disposition ; ils ne l'emporteraient qu'autant qu'on y aurait pris le titre ou la qualité d'héritier : mais alors ce serait parce qu'il y aurait acceptation *expresse*, et nous ne parlons maintenant que de l'acceptation tacite, de l'immixtion.

La seconde chose qui résulte de notre article, c'est que, pour être réputé acceptant, l'héritier ne doit pas *nécessairement* avoir le droit de faire l'acte comme héritier, mais seulement qu'il ne doit pas avoir une autre qualité que celle d'héritier, qui lui donnerait aussi le droit de le faire, ce qui est bien différent. De là, si l'habile à succéder dispose comme héritier, et par conséquent comme propriétaire, d'un bien que possédait le défunt, mais qui appartient à un tiers, il fait évidemment un acte qu'il n'a pas le droit de faire, puisque la disposition du bien d'autrui est nulle (art. 1599) (4) ; et cependant son intention d'accepter la succession n'est point douteuse, car, vendre une chose dont on ne peut se croire propriétaire que comme héritier d'un tel, c'est évidemment vouloir se considérer comme propriétaire de l'objet, et par conséquent comme héritier, puisqu'il n'y a que le propriétaire qui puisse *licitement* vendre la chose ; peu importe que, dans les anciens principes, on déclarât valable (à l'effet d'obliger le vendeur) la vente de la chose d'autrui, principes qui n'ont peut-être pas été autant changés par l'art. 1599 qu'on pourrait le croire, cela n'empêchait pas que l'on ne regardât, et avec raison, un tel acte comme un acte d'acceptation (5). Il en est de même s'il se met, comme héritier d'un tel, en possession d'une chose qui appartient à autrui (6), par exemple, d'un terrain joignant un fonds de l'hérédité, et qu'il prétend en faire partie.

378. Mais, quelque évidente que pût paraître l'intention d'accepter, du moment que l'acte a

(1) Car l'on faisait au sujet du payement des dettes plusieurs exceptions, notamment en ce qui concernait les frais funéraires, qui étaient censés avoir été payés, plutôt *pietatis causa*, qu'en qualité d'héritier. Nous nous expliquerons bientôt au sujet du payement des dettes.

(2) *Voyez* le nº suivant.

(3) Ibid., art. 1094.

(4) Code de Hollande, art. 1507.

(5) *Voyez* la note suivante.

(6) Gerit pro herede, *qui animo agnoscit successionem, licet nihil attingat hereditatem : unde si domum pignori datam, sicut hereditariam retinuit cujus possessio qualis qualis fuit in hereditate, pro herede gerere videtur : idemque est, et si alienam rem ut hereditariam possedisset.* L. 88, ff. *de Acquir. vel omitt. hered.*; L. 21, § 1, *eodem tit.*

pu être fait valablement par l'héritier en une autre qualité que celle d'héritier, la qualité dans laquelle il l'a fait étant une qualité douteuse, ce doute affaiblit la prétendue certitude de l'intention d'accepter l'hérédité, et s'interprète en faveur de l'auteur de l'acte; car, encore une fois, la loi actuelle a eu précisément en vue d'empêcher de commenter sur l'intention. En un mot, dans l'esprit du Code, la simple intention, toujours à cause du plus ou moins d'incertitude qui l'accompagne, n'est point, sans immixtion réelle, une acceptation d'hérédité ; et *vice versa*, la simple immixtion corporelle ne suppose pas *nécessairement*, comme on le décidait dans quelques-unes de nos anciennes coutumes, l'intention d'accepter.

379. D'après cela, si l'habile à succéder jouit d'une chose qui était commune entre lui et le défunt, il n'y a pas lieu de dire qu'il a fait acte d'héritier (1), parce qu'il n'y a pas lieu de rechercher quelle a été, quelle a même pu être son intention, pourvu toutefois qu'il ne *dispose* pas au delà de son droit (2). S'il était en société avec le défunt, le droit romain distinguait (3) : si l'héritier continuait une opération commencée du vivant du défunt, comme il le faisait dans un intérêt commun, il faisait par cela même acte d'héritier; mais si c'était une nouvelle opération, il en était autrement, parce que cette opération n'était point dans un intérêt commun, la société ayant été dissoute par la mort de l'un des associés, et celui-ci n'ayant acquis aucun droit à l'opération, puisqu'elle n'était point encore commencée de son vivant. M. Chabot fait toutefois observer, et nous croyons que c'est avec raison, que, dans notre droit, si l'opération commencée avant le décès était indivisible dans son exécution, ou était de nature à ne pouvoir être interrompue à l'égard des tiers, ou s'il était de l'intétêt commun qu'elle fût continuée sans retard, on devrait dire, surtout dans les sociétés de commerce, que la continuation de cette opération n'emporte point acceptation de l'hérédité. Et, en effet, l'héritier pouvait faire l'acte en une autre qualité que celle d'héritier : or d'après l'art. 778, et ce que nous avons dit plus haut, la présomption légale est qu'il a agi comme associé plutôt que comme héritier, nonobstant la dissolution de la société, puisque les opérations commencées se continuent dans l'intérêt commun, suivant les art. 1868, 1869 et 1870, analysés (4).

380. De plus, l'héritier ne ferait pas acte d'héritier s'il croyait de bonne foi avoir personnellement le droit de jouir et de disposer de la chose qui appartenait au défunt. Par exemple, si un fils qui a accepté la succession de sa mère se met, après la mort de son père, arrivée peu de temps après celle de la mère, en possession d'un bien qu'il croit dépendre de la succession maternelle, et qui dépend néanmoins de l'hérédité paternelle, ou s'il vend ce bien, il n'est pas censé pour cela, et en admettant qu'il y ait bien eu erreur de sa part, avoir accepté cette dernière succession (5). Mais comme ce sera lui qui argumentera de l'erreur dans laquelle il était à ce sujet, pour éviter d'être tenu comme héritier, il devra prouver qu'il était effectivement dans l'erreur; car elle ne se suppose pas : au contraire, chacun est naturellement présumé connaître ce qui lui appartient, et ne disposer que de ce qui lui appartient. Ce n'est pas le cas de dire, comme à l'égard de l'acquéreur de la chose d'autrui, que la bonne foi est présumée. (Art. 2268) (6).

381. Toujours en vertu du principe qu'il faut, pour être réputé héritier à raison d'un acte, que cet acte n'ait pu être fait par l'héritier en une autre qualité que celle d'héritier, on doit décider aussi, lors même qu'on admettrait que le seul fait du payement des dettes de la succession emporte acceptation, ce qui va être discuté tout à l'heure, que si l'habile à succéder était tenu de la dette solidairement avec le défunt, ou même s'il était simplement sa caution, le payement qu'il ferait quoique de toute la dette, n'est point une acceptation tacite, puisqu'il était personnellement obligé à la payer. En vain dirait-on, dans le cas où il n'était que caution, qu'il aurait pu opposer au créancier le bénéfice de discussion, s'il n'y avait pas renoncé, et même le bénéfice de division, s'il y avait d'autres cautions; car il n'était

(1) L. 78, ff. *de Acquir. vel omitt. hered.*
(2) *Ibid.*
(3) L. 42, § 1, *eodem tit.*

(4) Code de Hollande, art. 1688, 1686, et 1687.
(5) L. 87. au même titre *de Acquir. vel omitt. hered.*
(6) Code de Hollande, art. 2002.

pas moins de plein droit obligé à toute la dette, et par conséquent en la payant, il acquittait son obligation. D'ailleurs, l'exercice du bénéfice de discussion ne se fait que sous des conditions que la caution ne peut pas toujours remplir, et souvent même il est de son intérêt de payer plutôt que d'user de ce bénéfice, quoiqu'elle pût l'invoquer. Ainsi, le payement ayant pu être fait aussi bien par l'héritier comme débiteur solidaire, ou comme caution, que comme héritier du défunt, on ne saurait, d'après l'article 778, y voir un acte d'acceptation tacite.

382. Résumant ce qui précède, nous disons : Les actes qui emportent acceptation tacite sont ceux qui, après l'ouverture de la succession, connue de l'héritier, sont faits par l'habile à succéder sur des choses qu'il savait ou qu'il croyait être dépendantes de l'hérédité, et qui supposent d'ailleurs nécessairement sa volonté d'accepter, parce qu'il n'aurait pu les faire valablement dans une autre qualité que sa qualité d'héritier.

383. Mais quand bien même l'acte qu'il a fait serait ensuite annulé, soit pour vice de forme, soit par incapacité de celui avec lequel il a traité, la qualité d'héritier n'en resterait pas moins à l'héritier, nonobstant la règle : *Quod nullum est, nullum effectum producit;* car cet acte n'atteste pas moins son intention de se porter héritier. Voilà pourquoi nous décidons, et avec le droit romain, qu'il fait acte d'héritier quand il vend une chose appartenant à un tiers, et qui se trouvait dans la succession, ne pouvant se croire alors d'autre qualité pour faire cet acte que celle d'héritier, puisqu'il croyait que l'objet appartenait à l'hérédité.

Si ce principe recevait exception dans quelques cas, ces cas seraient rares, et ce ne serait qu'à raison de quelque circonstance particulière qui entraînerait à considérer l'acte absolument comme non avenu.

Parcourons rapidement quels sont les principaux actes qui emportent acceptation.

Nous parlerons ensuite de ceux qui peuvent donner lieu à quelque difficulté sérieuse sur le point de savoir s'ils emportent ou non acceptation tacite.

Et nous dirons enfin un mot des actes purement conservatoires et d'administration provisoire.

384. Il est clair, quant aux premiers, que lorsque l'héritier dispose (1), à titre gratuit ou onéreux, d'un objet de l'hérédité, sachant ou croyant qu'il en dépend, il fait acte d'héritier, puisqu'il fait ou croit faire acte de propriétaire (2).

385. Qu'il en est de même quand il hypothèque (3) les biens de la succession, ou qu'il consent sur ces mêmes biens une servitude, un droit d'usufruit ou d'usage, ou qu'il renonce à une servitude établie au profit d'un fonds héréditaire, puisqu'il faut être propriétaire, ou avoir au moins le consentement du propriétaire, pour pouvoir faire de tels actes.

386. Il en est de même s'il forme contre un tiers demande en délaissement d'un objet appartenant à la succession, ou qu'il croit lui appartenir, ou s'il forme une demande en nullité ou en rescision d'un contrat passé par le défunt; ou s'il attaque le testament de ce dernier (4), ou s'il transige avec les légataires au sujet de leurs legs, ou sur un procès qui intéresse la succession ; ou s'il acquiesce à une demande judiciaire formée contre le défunt, ou contre lui-même en qualité

(1) Même par son testament. L. 86, § fin. ff. *de Acquir. vel omitt. hered.* L. 6, Cod. *de Jure delib.* Mais nous ne pensons pas toutefois qu'on fût en droit de demander, de son vivant, la communication des testaments qu'il pourrait avoir faits, et dans lesquels on prétendrait qu'il a disposé de tout ou partie des biens qui composent la succession dont il s'agit : le testament d'un individu est un acte essentiellement secret pendant sa vie.

(2) *Pro herede enim gerere, est pro domino gerere.* § 7, INSTIT. *de Hered. qualit. et differ.*

Pro herede gerit qui rebus hereditariis quasi dominus utitur. Ulp. *fragm. tit.* 22, § 26.

(3) Mais de ce que la femme a une hypothèque générale sur les biens de son mari, même sans inscription (art. 2121 et 2135), il ne faudrait pas en conclure que si l'habile à succéder se mariait après l'ouverture de la succession, et avant d'avoir accepté l'hérédité, il serait, par le seul fait de son mariage, censé avoir accepté la succession ; car, à vrai dire, ce n'est pas lui qui consent l'hypothèque; c'est la loi qui l'établit. D'ailleurs, il n'a tacitement consenti qu'à l'hypothèque des biens qu'il avait. Nous déciderions la même chose à l'égard des inscriptions qui auraient été prises sur les biens de la succession en vertu seulement de jugements ou actes judiciaires, sans consentement spécial de l'habile à succéder.

(4) L. 14, ff. *de Bonor. possess.*

d'héritier, ou même s'il procède simplement sur cette demande sans prendre le titre d'habile seulement à succéder, sans se réserver le bénéfice d'inventaire ; ou s'il forme contre ses cohéritiers une demande en partage de la succession (1), ou contre un tiers l'action en pétition d'hérédité (2) ; car il ne peut agir, sous le premier rapport, qu'autant qu'il reconnaît qu'il est en communauté avec ses cohéritiers, et par conséquent qu'autant qu'il entend avoir une part dans l'hérédité, ce qui est évidemment l'accepter ; et, sous le second rapport, il ne peut demander qu'on lui restitue la succession qu'autant qu'il la regarde comme chose sienne. Toutefois nous n'entendons pas dire par là qu'il ne peut, en formant ces demandes, user du bénéfice d'inventaire : il serait injuste qu'il en fût privé par la circonstance que d'autres sont en possession de l'hérédité, ce qui l'oblige à former, pour ne pas perdre ses droits, ou la demande en partage, ou l'action en pétition d'hérédité ; mais nous voulons dire que s'il intente purement et simplement l'une ou l'autre de ces actions, il fait par cela même acte d'héritier. Il doit donc auparavant faire sa déclaration qu'il n'entend accepter que sous bénéfice d'inventaire, et procéder ensuite en qualité d'héritier bénéficiaire.

387. L'habile à succéder fait encore acte d'héritier lorsqu'il se met en possession des biens de la succession (3); lorsqu'il les loue ou les afferme (4) ; lorsqu'il abat des bois, ou qu'il change la forme des fonds ou des édifices ; qu'il vend, sans observer les formalités prescrites, les objets même sujets à dépérissement ou dispendieux à conserver (art. 796) (5), ou qu'il exige, ou même reçoit simplement, ce qui est dû par les débiteurs de la succession (6), et, par la même raison, s'il poursuit ceux-ci en payement (7), n'agissant ni dans l'un ni dans l'autre cas comme héritier bénéficiaire (8).

388. Tous ces actes, et plusieurs autres encore, sont évidemment des actes de propriétaire, et par conséquent d'héritier, lorsque celui qui les fait entend bien les faire sur les choses de l'hérédité, ou qu'il croit être de l'hérédité ; tellement, dit Pothier, et après lui M. Delvincourt, que ses protestations de ne vouloir pas être héritier en les faisant seraient sans effet, parce qu'elles seraient contre la nature des choses (9).

389. Il est même un cas où évidemment il n'agit pas comme propriétaire, et dans lequel cependant il se rend héritier pur et simple : c'est lorsqu'il détourne ou recèle quelque chose de l'hérédité, dans la vue de faire fraude à ses cohéritiers ou aux créanciers ou légataires (article 792) (10). Dans le droit romain, et à l'égard de l'héritier *extraneus*, ce n'était point là un acte d'héritier (11) puisque par là il témoignait, au contraire, ne vouloir pas avoir la chose comme héritier. Mais l'héritier *sien*, *suus heres*, était, par ce fait, indigne du bénéfice d'*abstention*, et restait par conséquent soumis à tous les effets attachés à la qualité d'héritier (12). Or comme

(1) L. 1, *princip.*, et § 1, et L. 36, ff. *Famil. ercisc.*

(2) Argument de tout le titre *de Petit. hered.* au Digeste et au Code. Fachineus, *Controver.*, lib. VI, cap. 58. Mantica, *de Conject. ult. volunt.* lib. XII, tit. XV, n° 12. Voet *ad* Pandect., tit. *de Acquir. vel omitt. heredit.*, n° 5.

(3) Mais non pas en prenant simplement les clefs, et même les titres de la succession, dans le cas toutefois où les scellés n'ont pas été apposés ; car il a pu le faire comme acte conservatoire, et c'est même probable. Ainsi jugé, dit M. Delvincourt, par arrêt du 26 mai 1674, rapporté au *Journal du Palais*. Rousseau de Lacombe le cite pareillement.

(4) Sauf ce que nous dirons plus loin relativement aux locations d'appartements suivant l'usage des lieux, pour un temps qui n'excède pas celui des baux faits sans écrit.

(5) Code de Hollande, art. 1073.

(6) L. 20, ff. *de Acquir. vel omitt.*

(7) Voet, *dicto tit.*, n° 5.

(8) Car l'on sent que s'il a fait d'abord sa déclaration de ne vouloir accepter que sous bénéfice d'inventaire, il est censé agir en conséquence de cette qualité en recevant des débiteurs ou en les poursuivant, pourvu qu'il ne prenne pas dans les actes ou quittances le titre ou la qualité d'héritier, mais bien toujours celui d'habile à succéder. En effet, en sa qualité d'héritier bénéficiaire, il doit administrer les affaires de l'hérédité, recevoir des débiteurs, empêcher les prescriptions de s'accomplir, etc.

(9) Cependant la cour d'appel de Gand, par arrêt du 6 avril 1838 (*Jurispr. de Belgique*, 1838, I, p. 483), a décidé que, « ne fait point acte d'héritier pur et simple, celui qui, après s'être qualifié d'habile à succéder et avoir demandé l'autorisation de vendre les meubles de la succession, en se basant entre autres sur les articles relatifs au bénéfice d'inventaire, et *en se réservant expressément dans l'annonce de vente tous bénéfices de la loi*, fait procéder à la vente avec les formalités voulues par la loi. »

(10) Code de Hollande, art. 1110.

(11) *Si quis extraneus rem hereditariam quasi subripiens vel expilans tenet, non pro herede gerit : nam admissum contrarium voluntatem declarat.* L. 21, ff. *de Acquir. vel omitt. heredit.*

Non enim surriperet, quod jure posset apprehendere, si heres esse vellet, dit Pothier *ad* Pandectas, *hoc tit.*

(12) L. 71, §§ 3, 4, 5 et 6, *eodem tit.*

chez nous les parents au degré appelé par la loi à l'hérédité sont héritiers de plein droit, ainsi que l'étaient les héritiers *siens* dans le droit romain, les résultats sont les mêmes sous ce rapport : dans notre législation, l'héritier qui a commis le fait de détournement ou de recel ne peut plus renoncer (même article); il ne peut pas davantage user du bénéfice d'inventaire (article 801) (1), comme l'héritier *suus*, en pareil cas, ne pouvait plus s'*abstenir* de l'hérédité, c'est-à-dire d'être héritier avec toutes les conséquences attachées à cette qualité.

390. Dans tous les cas dont il vient d'être parlé, les créanciers, les légataires et les cohéritiers, qui ont tous ou qui peuvent avoir tous intérêt à ce que l'héritier soit tenu comme acceptant, pourront prouver le fait d'acceptation, même par témoins, quoiqu'il n'y ait aucun commencement de preuve par écrit. Bien que le Code ne dise pas expressément que l'acceptation d'une succession est un *quasi-contrat*, formé par l'héritier avec les créanciers du défunt, et mieux encore avec les légataires, ne parlant, sous cette dénomination, que de la *gestion des affaires d'autrui*, et du *payement de la chose non due*, néanmoins il n'est pas douteux que ce n'en soit un : on l'a toujours considéré ainsi. Or, dans les cas de quasi-contrats, du moins généralement, le fait peut être prouvé par témoins sans commencement de preuve par écrit, par la raison toute simple qu'il n'a pas été possible au demandeur, à celui qui exige l'exécution de l'obligation qui est résultée du fait, de se procurer une preuve écrite du droit né à son profit; ce qui rend inapplicables les règles que la preuve testimoniale n'est pas admissible sans commencement de preuve par écrit lorsqu'il s'agit d'une valeur de plus de 150 francs (articles 1341, 1347 et 1348 (2); et les créanciers, les légataires et les cohéritiers se trouvent parfaitement dans ce cas, puisqu'il s'agit, ou qu'il peut s'agir d'un acte ou d'un fait auquel ils n'ont point pris part, d'un fait qui leur est entièrement étranger.

391. L'héritier fait encore acte d'héritier quand il fait donation, vente ou transport de ses droits successifs, soit à un étranger à la succession, soit à un ou plusieurs de ses cohéritiers, soit à tous indistinctement. (Art. 780) (3).

392. Et il en est ainsi, 1° de la renonciation, même gratuite, qu'il fait au profit d'un ou de plusieurs de ses cohéritiers;

2° De la renonciation qu'il fait même au profit de tous ses cohéritiers indistinctement, lorsqu'il en reçoit le prix. (*Ibid.*)

Qu'importe, en effet, quand il *donne* ses droits successifs, qu'il les donne à tous ses cohéritiers indistinctement, ou qu'il les donne seulement à l'un d'eux ou à un étranger? Il ne dispose pas moins de ce qu'il donne, et par conséquent il fait acte de propriétaire.

Qu'importe aussi, lorsqu'il renonce, s'il ne renonce qu'au profit de quelques-uns seulement de ses cohéritiers? Il est clair qu'il veut les avantager, puisque eux seuls auront sa part, tandis qu'elle aurait accru proportionnellement à celle des autres, si la renonciation eût été pure et simple (art. 786) (4), il dispose donc à leur profit, il fait donc acte d'héritier.

Enfin, qu'importe encore qu'il fasse une renonciation au profit de tous ses cohéritiers indistinctement en en recevant le prix, ou qu'il leur fasse cession, vente ou transport de ses droits successifs? En réalité, il en dispose : il ne reste pas étranger à l'hérédité, puisqu'il en retire un lucre; et dès lors il est héritier.

Ce n'est donc que dans le seul cas de renonciation au profit de tous les cohéritiers indistinctement, et sans que le renonçant en reçoive aucun prix apparent ou caché, qu'il devient étranger à la succession.

393. Mais il est évident, d'après notre art. 780, qu'il devient étranger à l'hérédité quoique l'acte de renonciation, fait sans aucun prix apparent ou caché, fût fait formellement au profit de tous les cohéritiers indistinctement, puisque, dans cette hypothèse d'une renonciation au profit de tous les cohéritiers indistinctement, l'article ne reconnait d'acceptation qu'autant que l'héritier

(1) Code de Hollande, art. 1077.
(2) Ibid., art. 1933, 1934, 1935, 1939 et 1940.
(3) Code de Hollande, art. 1094.
(4) Ibid., art. 1103.

reçoit le prix de sa renonciation (1) : or il n'en reçoit aucun, on le suppose. Cette renonciation n'a donc que les mêmes effets que ceux qu'aurait une renonciation pure et simple dans laquelle il ne serait pas fait mention des autres cohéritiers, ni du motif qui porte l'héritier à la faire.

Vainement dirait-on qu'une renonciation faite formellement au profit de tous les cohéritiers est la même chose qu'une donation des droits successifs, faite aussi au profit de tous indistinctement, puisque l'une et l'autre *profitent* à tous les cohéritiers, qu'il y a libéralité au profit de tous, et que cette libéralité vient de la même personne; car les effets sont bien différents, non-seulement par rapport à l'héritier, qui est l'héritier dans un cas et non dans l'autre, mais encore par rapport aux autres héritiers à son égard.

594. D'abord, s'il y avait *donation*, il serait dû des aliments à l'héritier donateur par ses cohéritiers donataires, s'il tombait dans le besoin, sinon la donation pourrait être révoquée pour cause d'ingratitude ; elle pourrait l'être aussi pour les autres faits d'ingratitude prévus par la loi, pour inexécution des conditions qui y auraient été apposées, et même pour survenance d'enfants ; elle pourrait aussi être réduite pour fournir les réserves dues aux parents du donateur; toutes choses qui n'auraient pas lieu, s'il n'y avait qu'une renonciation à l'hérédité.

595. De plus, Sempronius, Titius et Seïus sont héritiers : Sempronius renonce, Titius accepte, et Seïus donne ensuite ses droits successifs à l'un et à l'autre ; Sempronius aura encore, nonobstant sa renonciation, la moitié de ce que devait avoir Seïus après cette renonciation, c'est à dire le quart de la succession ; au lieu que si Seïus eût fait une renonciation, quoique au profit de tous ses cohéritiers indistinctement, Titius, dans l'espèce, aurait eu toute l'hérédité.

596. Quant au rapport à la succession de l'héritier qui a fait l'acte, il n'est pas douteux qu'il ne fût dû par les autres héritiers, s'ils lui succédaient, et s'il y avait eu donation des droits successifs de celui-ci à leur profit, comme il serait dû par celui ou par ceux d'entre les héritiers au profit desquels seulement l'héritier aurait renoncé, s'ils devenaient ses héritiers; car ils auraient tous reçu de lui un avantage qui les soumettrait à l'application de l'art. 843. Mais quand il ne s'agit que d'une renonciation faite au profit de tous indistinctement, et faite cependant formellement à leur profit, ainsi que la loi suppose qu'elle peut avoir lieu, on pourrait croire qu'il y a avantage comme dans le cas de donation directe et en forme, et, en conséquence, qu'il y a eu lieu au rapport, puisque le rapport est dû même de ce qui n'a été réçu qu'indirectement (même article); néanmoins telle n'est pas notre opinion. La loi ne voit dans cette renonciation, faite au profit de tous indistinctement et sans aucun prix, qu'une renonciation pure et simple, qui fait supposer que le renonçant a entendu devenir étranger à l'hérédité. Tout en exprimant dans l'acte, ce qui sera rare, parce que cela est sans utilité, que la renonciation est faite au profit de tous les héritiers indistinctement, cependant il est fort possible que l'héritier ait été déterminé à la faire par d'autres motifs aussi que celui de vouloir conférer ainsi une libéralité à ses cohéritiers ; la crainte qu'il n'y eût plus de passif que d'actif, ou que l'actif fût peu important, en comparaison des difficultés et de l'embarras que pouvait entraîner l'acceptation, a pu également le porter à faire cette renonciation.

597. Enfin, dans le cas de donation des droits successifs, même au profit de tous les cohéritiers indistinctement, il faut un acte notarié, avec minute et avec acceptation expresse, en un mot, l'emploi de toutes les formalités voulues pour la validité des actes portant donation.

(1) Quelques personnes entendent cette disposition, « il en est de même de la renonciation qu'il fait même au profit de tous ses cohéritiers indistinctement, lorsqu'il reçoit le prix de la renonciation, » en ce sens que c'est comme si le législateur eût voulu par là prévoir uniquement le cas d'une renonciation pure et simple profitant ou pouvant profiter à tous les autres héritiers indistinctement, par cela même qu'elle n'est pas faite au profit de quelques-uns d'entre eux seulement et qu'elle est sans aucun prix, cas dans lequel elle ne saurait valoir comme acceptation. C'est bien assurément ce qui arrivera le plus fréquemment, car il n'y a pas d'utilité de mentionner dans l'acte que la renonciation est faite au profit de tous les cohéritiers, le bénéfice d'accroissement opérant cet effet ; mais il n'est pas impossible que, de fait, cette mention ait eu lieu, et alors l'observation que nous faisons au texte a de l'importance.

Il faut même les remplir dans tous les cas où la renonciation est considérée comme une donation, c'est-à-dire lorsqu'elle est faite au profit d'un ou de plusieurs cohéritiers seulement (1).

Tandis que la renonciation au profit de tous indistinctement se fait au greffe du tribunal de l'ouverture de la succession (art. 784) (2), et elle pourrait même s'y faire, quoiqu'elle fût moyennant un prix.

398. Voyons maintenant quelques actes à l'égard desquels il s'est élevé des doutes sur le point de savoir s'ils emportent ou non acceptation d'hérédité, et sur lesquels il y a eu d'assez vives controverses.

L'héritier fait-il acte d'héritier en poursuivant le meurtre du défunt? Non, suivant l'opinion de M. Delvincourt (3), et cette opinion est fondée en raison : la qualité de plus proche parent suffit pour motiver la poursuite ; il ne pourrait d'ailleurs y avoir aucun doute s'il ne s'agissait que de la simple dénonciation du meurtre, puisque ce serait là une mesure préliminaire, et même nécessaire pour n'être pas exclu comme indigne.

Mais en intentant l'action en indignité contre un cohéritier, il fait évidemment acte d'héritier, car il demande par cela même la succession.

399. D'après M. Chabot, la procuration donnée simplement par l'habile à succéder, pour accepter la succession, et à plus forte raison pour accepter ou répudier, suivant que le mandataire le jugera convenable dans l'intérêt du mandant, n'emporte point par elle-même acceptation ; et si elle est révoquée avant que le mandataire en ait fait usage, l'héritier n'est pas lié.

Mais si la procuration est en même temps de faire spécialement tel acte, que l'héritier ne pourrait faire sans qu'il fût réputé acceptant, par exemple, de provoquer le partage, de vendre les biens, de poursuivre tel débiteur, ou les débiteurs en général, etc., il en résulte, d'après le même auteur, acceptation de la succession, lors même que la procuration serait révoquée avant que le mandataire eût agi.

La raison de différence se tirerait de ce que, lorsque la procuration n'est que simplement pour accepter, celui qui la donne témoigne bien, il est vrai, son intention à cet égard, mais il ne fait pas un acte d'héritier, puisqu'il indique seulement par là qu'il veut le devenir définitivement (4); car il y aurait contradiction à donner à un autre le pouvoir de faire un acte que l'on ferait soi-même par le seul fait du pouvoir que l'on donnerait. Le mandant reste donc, en le donnant, dans la position qu'il occupe, c'est-à-dire d'un habile à succéder, puisque la seule intention aujourd'hui (5) ne fait pas l'héritier, ne vaut pas

(1) Ainsi jugé en cassation, le 17 août 1815. (Sirey, 1815, I, 413.)

(2) Code de Hollande, art. 1103.

(3) Ce jurisconsulte tire aussi argument de la L. 20, § 5, ff. *de Acquir. vel omittend. heredit.*; et il cite l'opinion conforme de Le Prêtre, centur. I, chap. II, et de Lebrun, liv. III, chap. VIII, sect. 2, n° 4.

(4) Il l'est déjà, en effet, par seul effet de la saisine.

(5) Nous disons *aujourd'hui*, parce que, dans le droit romain et dans nos pays de droit écrit, l'intention, démontrée d'ailleurs par un fait quelconque, emportait acceptation ; et quant à la procuration donnée par l'héritier, dans les principes du droit romain, elle n'avait pas pour effet d'opérer l'acquisition de l'hérédité par le mode de *l'adition* ou d'acceptation expresse, lors même que le mandataire l'eût mise à exécution ; mais on pense qu'elle emportait acceptation tacite, qu'elle était par elle-même *pro herede gestio*, et que l'héritier en la révoquant, même avant qu'elle eût été mise à exécution, n'en restait pas moins héritier.

La première de ces propositions se démontre par la L. 90, *princip.*, ff. *de Acquir. vel omitt. hered.*, où il dit : *Per curatorem hereditatem adquiri non potest.* Cujas (observ. I, c. 34) fait remarquer, avec la plupart des autres interprètes, qu'il faut lire *per procuratorem*, que c'est la leçon des Basiliques, et la véritable. L'adition d'hérédité ne pouvait se faire par procureur, parce que c'était *actus legitimus* (L. 77, ff. *de Regul. juris*); tandis que rien n'empêchait de demander *la possession des biens* au préteur par le ministère d'un mandataire, attendu que ce n'était point un acte légitime, et que les subtilités du droit civil n'étaient point généralement observées devant le préteur. Et si la procuration avait été révoquée avant d'avoir été mise à exécution, il n'y avait rien de fait. La raison en est toute simple ; le préteur ne donnait pas la possession des biens à ceux qui ne la lui demandaient pas, ou qui n'avaient pas qualité pour la lui demander. De même, quand un père de famille ou un maître avait donné ordre au fils ou à l'esclave institué héritier par un tiers, de faire adition d'hérédité, et qu'il révoquait son ordre avant qu'il eût été mis à exécution, il n'y avait rien de fait non plus, suivant la L. 25, § 14, ff. *de Acquir. vel omitt. hered.*; car ce n'était pas lui qui avait été institué : il ne devait devenir propriétaire de la succession que par le ministère de son fils ou de son esclave, et en vertu de l'ordre qu'il lui avait donné de faire adition. Or, tant que cet ordre n'avait pas été mis à exécution, le père ou le maître restait dans la même position qu'auparavant, et par conséquent il pouvait encore le révoquer ; autrement il aurait fallu dire aussi que la mort du fils ou de l'esclave, arrivée avant qu'il eût mis l'ordre à exécution, n'eût point été un obstacle à ce que l'hérédité eût été acquise au père ou au maître, ce qui eût été absurde, puisque c'eût été dire que l'hérédité non encore acquise au véritable héritier était cependant acquise à celui en la puissance duquel il se trouvait.

Mais, et c'est par là que nous démontrons notre seconde pro-

acceptation tacite ; sans préjudice toutefois du cas où il aurait fait acceptation expresse en prenant dans le mandat le titre ou la qualité d'héritier ; car alors il ne pourrait revenir sur ses pas, même en révoquant le mandat avant qu'il eût été mis à exécution, suivant la règle : *Semel heres, semper heres.*

Au lieu que lorsque la procuration porte aussi pouvoir spécial de faire telle ou telle chose que l'habile à succéder ne pourrait faire sans se rendre héritier, il accepte par cela même l'hérédité (1); il ne peut pas, en effet, donner pouvoir de vendre, par exemple, un fonds de l'hérédité, sans se regarder comme propriétaire de ce fonds, et par conséquent sans accepter la succession dans laquelle il est compris. On trouve donc alors les deux choses exigées par l'art. 778 (2) pour qu'il y ait acceptation tacite : 1° un acte qui suppose nécessairement l'intention, dans l'héritier, d'accepter l'hérédité ; et 2° un acte qu'il n'aurait pu faire qu'en qualité d'héritier, d'héritier définitif, et qui veut être tel.

400. Si l'héritier est en même temps légataire d'un objet de la succeesion, et qu'il se mette de lui-même en possession de la chose léguée, suivant Pothier (3), dont M. Chabot a suivi la doctrine, il y a acceptation, attendu que le légataire ne peut, en cette seule qualité, se mettre en possession de la chose léguée ; il faut qu'il en demande la délivrance aux héritiers (4).

401. Et quant à l'héritier créancier du défunt relativement à telle ou telle chose, et qui s'était mis en possession de la chose due, on n'était pas d'accord, dans les anciens principes, sur la question de savoir s'il n'avait pas, par cela même, fait acte d'héritier. Les uns (5), dont M. Chabot a suivi l'opinion, se décidaient pour l'affirmative, attendu que la qualité de créancier ne donne que le droit de demander la délivrance de ce qui est dû, à ceux qui doivent la faire ; aussi le président Fabre décide-t-il, dans son Code (liv. VI, tit. XII, défin. 1), que le fils qui s'est mis en possession des biens paternels, pour recouvrer la dot de sa mère, a fait acte d'héritier, n'ayant pas eu le droit de le faire en qualité de créancier.

Mais Bartole, sur la L. 88, ff. *de Acquir. vel omitt. hered.;* Balde, sur la L, 1, Cod. *de Repud. hered.;* Furgole, *des Testaments,* chap. x, sect. I, soutenaient au contraire, en général, que le créancier héritier ne fait pas acte d'héritier, par cela seul qu'il se met en possession de la chose qui lui est due ; qu'il fait bien ce qu'il ne doit pas faire, mais qu'il ne fait pas ce qu'il doit faire pour être héritier, c'est-à-dire un acte qui suppose son intention d'accepter.

Dans le cas résolu par le président Fabre, on devrait, même sous le Code, porter une décision semblable à la sienne ; car le fils ne s'était pas mis uniquement en possession de ce qui appartenait à sa mère, il s'était mis aussi en possession de ce qui appartenait à son père.

Mais, en généralisant la proposition, nous ne saurions partager, surtout dans les principes actuels, qui exigent plus rigoureusement que les anciens, une manifestation évidente de l'intention de l'héritier pour qu'il y ait acceptation tacite ; nous ne saurions, disons-nous, partager l'opinion suivant laquelle l'habile à succéder qui, créancier du défunt relativement à telle chose, se met en possession de cette chose uniquement, est censé avoir fait acte d'héritier. Il a tort de le faire, soit ; mais doit-on conclure de là que l'acte qu'il a fait

position, lorsque le père ou le maître se trouvait institué avec le fils ou l'esclave, s'il lui donnait l'ordre de faire adition, il devenait par cela même et irrévocablement héritier, en vertu de l'institution qui le concernait (L. 26, *eod. tit.*) ; et il acquérait aussi la portion qui avait été assignée au fils ou à l'esclave, quand bien même il eût révoqué son ordre avant que cet ordre eût été mis à exécution, car il ne pouvait pas être héritier pour partie seulement. Il résulte toujours de là que le mandat, ou, si l'on veut, l'ordre, *jussus,* d'accepter l'hérédité, emportait par lui-même acceptation ; et cette acceptation ne pouvait être que l'acceptation tacite, *pro herede gestio,* puisque l'adition n'avait pas lieu par procureur.

Nous ne croyons cependant pas qu'il en dût être ainsi sous le Code, où l'intention fait moins facilement l'acceptation qu'elle ne la faisait dans les principes du droit romain. Nous nous rangeons donc à cet égard à l'opinion de M. Chabot ; et en adoptant sa distinction, nous ne voyons dans le mandat que le projet d'accepter, et non l'acceptation elle-même, tant que ce mandat ne renferme rien de spécial.

(1) *Pro herede gerit qui servis hereditariis cibaria mandat.* Ulp., *fragm.*, tit 22, § 6 ; pourvu, dit très-bien Pothier, *ad* PANDECTAS, qu'il ne l'ait pas fait uniquement *custodiæ causa.*

(2) Code de Hollande, art. 1094.

(3) Traité *des Successions*, chap. III, art, 1, § 1.

(4) Cependant la cour de cassation de Belgique a décidé, par arrêt du 7 juillet 1834 (*Bulletin* des arrêts de la cour de cassation de Belgique, 1834-1835, p. 81), que « le juge du fond ne viole aucune loi en décidant que l'héritier *ab intestat,* qui a appréhendé la succession, n'a pas entendu l'accepter en cette qualité, mais en vertu d'une disposition testamentaire. »

(5) Comme Pothier à l'endroit précité.

suppose *nécessairement* son intention d'accepter? Non certainement : or, c'est ce qu'exige formellement le Code pour qu'il y ait acceptation tacite. Qu'importe après cela qu'il n'eût pas le droit de faire ce qu'il a fait? Dans le droit romain, qui cependant servait de base aux doctrines des anciens auteurs sur cette matière, dans le droit romain lui-même, l'héritier *extraneus* qui détournait des choses de l'hérédité faisait aussi ce qu'il ne devait pas faire, et néanmoins il ne faisait pas pour cela acte d'héritier (1).

Déciderait-on, en effet, que l'héritier qui avait, par exemple, prêté son cheval au défunt, ou qui le lui avait remis à titre de dépôt, fait acte d'héritier en le reprenant, parce qu'il en a besoin, et qu'il n'a pas le temps d'attendre que les autres héritiers, qui sont peut-être au loin, qui n'ont pas plus accepté que lui, le lui restituent? Ce serait absurde; et cependant il n'avait pas non plus, d'après les principes purs, le droit de reprendre lui-même le cheval. Dans le cas de dépôt notamment, le déposant ou ses héritiers, s'il y avait de leur part des dépenses faites pour la conservation de la chose, auraient même eu le droit de la retenir jusqu'au remboursement de ces impenses (article 1948) (2). Sans doute que les partisans du système que nous combattons n'auraient pas été jusqu'à dire que, dans un tel cas, ou autres analogues, l'héritier, en reprenant simplement sa chose, avait fait acte d'héritier : très-probablement ils auraient été retenus par la considération qu'il ne reprenait que ce qui lui appartenait (3); au lieu que, dans les cas ordinaires de *créances*, le créancier, dans les anciens principes, n'était point propriétaire de la chose due, tant qu'une tradition quelconque ne lui en avait pas été faite. Mais aujourd'hui, dans les obligations de corps certain, la propriété étant transférée par l'effet du seul consentement (art. 1138) (4), il y aurait encore bien moins de raison de décider que l'héritier, acquéreur d'un objet déterminé, fait acte d'héritier en se mettant de lui-même en possession de cet objet. Nous adopterions donc plus facilement le sentiment de Furgole, et autres, puisque, encore une fois, on ne peut pas dire que ce fait est un fait qui suppose *nécessairement* dans l'héritier l'intention d'accepter. On voit bien évidemment que c'était une peine qu'on infligeait à l'habile à succéder, comme la loi l'inflige à celui qui a diverti des objets de la succession (art. 792) (5), et que ce n'était que par fiction qu'on lui imputait l'intention d'avoir voulu se rendre héritier pur et simple en prenant uniquement la chose qui lui était due; mais hors le cas de fraude prévu par cet article 792, l'acceptation ne saurait être considérée comme une peine.

402. Il nous reste encore à traiter, sur ces cas douteux, le plus délicat peut-être de tous, celui où l'héritier paye de ses propres deniers les dettes de la succession; car si c'était avec ceux de l'hérédité, il ferait acte d'héritier, puisqu'il aliénerait des choses héréditaires, attendu que celui qui paye une dette doit être propriétaire de la chose donnée en payement (art. 1238) (6), afin de rendre tel le créancier qui la reçoit.

Nous avons dit précédemment (7) que, lorsqu'il était obligé solidairement avec le défunt, ou qu'il était sa caution, le payement qu'il fait, sans prendre dans l'acte ou la quittance la qualité d'héritier de ce dernier, n'emporte point acceptation; mais, suivant M. Chabot, si, obligé conjointement avec le défunt, sans solidarité, il paye au delà de sa part dans la dette, il fait acte d'héritier, puisqu'il acquitte la dette de la succession, à moins qu'il n'ait payé *custodiæ causa* (8). Par la

(1) Voyez *supra*, nº 389.

(2) Code de Hollande, art. 1766.

(3) Quoiqu'ils décidassent toutefois que l'héritier en même temps légataire pur et simple d'un corps certain, et qui en était, comme aujourd'hui, propriétaire à partir du décès du testateur, faisait acte d'héritier en se mettant de lui-même en possession du legs; mais il y avait une raison particulière : c'est que le légataire n'est propriétaire de la chose léguée que sous l'obligation d'en demander, lui ou ses représentants, la délivrance, afin que la loi sache du moins si toutes les conditions requises pour la validité du legs ont été remplies; il n'y a d'exception que dans le cas d'un legs universel, quand encore il n'y a pas d'héritiers auxquels il est dû une réserve.

(4) Code de Hollande, art. 1273.

(5) Code de Hollande, art. 1110.

(6) Ibid., art. 1420.

(7) Voyez *supra*, nºs 378 et suivants.

(8) Il semble même, selon cet auteur, que l'héritier ferait encore acte d'héritier, quoiqu'il ne payât pas au delà de sa part, s'il n'avait pas la précaution *de déclarer qu'il entend imputer ce qu'il paye sur ce qu'il doit personnellement*; car M. Chabot fait formellement mention de cette réserve dans cette mêmm hypothèse, où il décide, en effet, que l'habile à succéder ne fait pas acte d'héritier; mais cette doctrine est insoutenable, puisqu'on ne peut pas dire que ce qu'a fait l'héritier, il n'avait le droit de le faire qu'en sa qualité d'héritier, et qu'on ne peut pas dire davantage que cet acte fait nécessairement supposer en lui l'intention d'accepter.

même raison, si, sans être obligé avec le défunt, il paye la dette de celui-ci, il fait acte d'héritier, à moins que ce ne fût une dette de peu d'importance dont l'acquittement était urgent, et qu'en outre l'héritier n'ait payé qu'avec toutes réserves, attendu, dit-il, que tel était le droit à peu près général de nos anciennes coutumes.

Le même auteur convient toutefois que si l'héritier, en payant la dette de la succession, s'est fait subroger aux droits du créancier, il doit plutôt être considéré comme ayant voulu, en quelque sorte, acheter la créance, que libérer l'hérédité.

Pour être conséquent, il faudrait décider la même chose dans tous les cas où il y a subrogation légale au profit de celui qui paye, puisque celui qui sait que la loi lui donne la subrogation n'a pas besoin de la stipuler; il est même censé l'avoir fait.

Enfin, il convient aussi que l'héritier ne fait pas non plus acte d'héritier en payant un créancier de la succession qui exerce des poursuites, *pourvu qu'il déclare expressément, dans un procès-verbal ou dans un acte authentique* (1), qu'il n'entend pas agir comme héritier, mais seulement *animo gerendi negotia hereditatis;* ou lorsqu'il paye un vendeur qui avait fait avec le défunt le pacte commissoire, dans le cas des art. 1655 et 1656 (2) avec la déclaration susmentionnée; ou quand il paye, toujours avec cette déclaration, les arrérages d'une rente constituée, pour éviter le remboursement forcé, dans le cas de l'art 1912 (3), ou les dettes dites dettes *criardes*, ou des legs modiques faits à des domestiques pour prier Dieu pour le défunt.

Toutes les restrictions que M. Chabot apporte au principe qu'il a posé d'abord ne sauraient souffrir la moindre difficulté; mais le principe lui-même est-il bien certain aujourd'hui? C'est l'unique question que l'on peut se faire sur ce point.

M. Chabot ne s'est-il pas trop laissé préoccuper des anciennes doctrines (4)? N'a-t-il pas perdu de vue tout à coup ce qu'il avait dit lui-même, que, « le Code exige la réunion de deux conditions pour « qu'il y ait acceptation tacite : 1° un acte qui « suppose *nécessairement* dans l'héritier son intention d'accepter; 2° un acte qu'il n'aurait le « droit de faire qu'en sa qualité d'héritier? »

Quant à la première de ces conditions (5), bien certainement elle ne se rencontre pas dans le payement fait par l'habile à succéder : tous les jours on paye la dette de son ami, de son parent; on paye par intervention : les titres *de negotiis gestis*, au Digeste et au Code, sont remplis de lois qui traitent de ce cas, et plusieurs dispositions de nos Codes les règlent également. Ce qu'on fait pour un étranger, sans mandat de sa part, et par pure bienveillance, on peut donc bien le faire par honneur pour la mémoire d'un proche parent, d'un père, d'autant mieux que l'on doit naturellement songer, en pareil cas, que si l'on se détermine ensuite à accepter la succession, on aura fait sa propre affaire, ce qui ne veut pas dire toutefois qu'on entend positivement la faire dès à présent, et que si on répudie, on se fera rembourser (du moins en partie, si la succession n'est pas suffisante) par ceux qui accepteront, puisque l'on aura tout au moins l'action *negotiorum gestorum* contre eux. Quoiqu'il en soit, on ne peut pas dire que l'intention était *nécessairement* d'accepter l'hérédité, puisqu'il pouvait y en avoir une tout autre. Il y a sans doute, et nous l'avouons nous-même, présomption que l'héritier a plutôt entendu faire son affaire que celle d'une succession à laquelle il aurait voulu rester ou devenir étranger; mais la loi actuelle ne se contente pas de simples présomptions, de conjectures plus ou moins fortes : elle veut que l'acte fasse *nécessairement* supposer que l'héritier a eu l'intention d'accepter l'hérédité en le faisant : et nous soutenons que cette supposition n'est point *nécessaire,* qu'elle peut être fautive dans beaucoup de cas, ce qui suffit pour dire que l'acte n'a point le caractère déterminé par le Code.

Et quant à la seconde condition, pour nous servir de l'expression de M. Chabot, il est bien plus évident encore qu'elle ne se rencontre pas

(1) Et pourquoi pas aussi dans un acte sous seing privé que l'on ferait enregistrer?

(2) Dispositions supprimées dans le Code de Hollande.

(3) Code de Hollande, art 1809.

(4) La coutume du Bourbonnais et plusieurs autres décidaient, en effet, que l'habile à succéder qui payait la dette du défunt devenait généralement héritier. « Quand aucun habile à succéder, portait l'art. 325 de cette coutume, paye créanciers, légats, ou fait autre acte d'héritier, il est réputé héritier et ne peut plus répudier. »

C'était même, dit M. Chabot, le droit commun dans les pays coutumiers.

(5) Nous ne croyons cependant pas qu'il y en ait *deux*. Voyez *supra*, n° 375.

dans le seul fait du payement, par l'habile à succéder, d'une dette de la succession, puisqu'on peut très-bien payer la dette d'un tiers (art. 1236)(1), même sans l'aveu du débiteur: par conséquent, en payant la dette de la succession, l'habile à succéder n'a donc pas fait un acte qu'il n'aurait pu faire qu'en qualité d'héritier.

Sans doute, dans les anciens principes, l'on payait valablement la dette d'un tiers sans son aveu, et nous convenons qu'on décidait généralement, surtout dans les pays de coutumes, que le payement fait par l'habile à succéder, sans qu'il y eût urgence, et même dans les cas d'urgence, mais sans déclaration qu'il n'entendait point se porter héritier, était un acte d'acceptation ; mais c'est qu'alors, et M. Chabot en convient lui-même, les règles sur l'acceptation tacite étaient moins positives qu'elles ne le sont aujourd'hui d'après le texte de l'art. 778.

Ainsi, dans le droit romain et dans les pays où l'on suivait chez nous ses dispositions, la seule intention, sans immixtion réelle, était une acceptation, et cette intention, les uns la voyaient dans un acte où les autres ne la voyaient pas aussi clairement. Dans plusieurs coutumes la seule immixtion réelle suffisait pour faire présumer l'intention.

Au contraire, aujourd'hui, il faut que l'acte fasse *nécessairement* supposer qu'en le faisant, l'habile à succéder a entendu se porter héritier ; et pour bien s'assurer de cette intention, la loi ne la reconnaît que dans un acte que l'héritier n'a pu vouloir faire en une autre qualité que celle d'héritier, parce qu'il n'en avait pas d'autre : or le payement d'une dette offre si peu cette certitude, que, dans le droit romain lui-même, où l'on était si facile à reconnaître la volonté de l'héritier de se porter héritier en faisant tel ou tel acte, l'on ne décidait la question d'acceptation par l'affirmative qu'autant que l'héritier avait payé tout juste une portion de la dette correspondante à sa part dans la succession, parce que, disait-on alors, il est censé avoir voulu par là affranchir sa part héréditaire : plus ou moins n'emportait point acceptation ; du moins c'est ainsi que l'on interprète communément la loi 2, Cod. *de Jure deliber.*, et la L. 8, Cod. *de Inoff. testam.* Et M. Chabot lui-même en convient, comme il convient aussi que les principes du Code sont plus certains, plus formels que ceux de l'ancienne jurisprudence.

Au surplus, quoique nous soyons bien convaincu que, dans l'esprit du Code, la question doive être résolue en ce sens, nous conseillerons néanmoins aux héritiers qui n'ont point encore accepté, de ne payer aucune dette non urgente, et de ne payer les autres qu'avec protestation de toute réserve du droit d'accepter ou de renoncer ensuite : ils préviendront ainsi des difficultés et des procès, qui n'auraient plus lieu si notre opinion finissait par prévaloir.

403. Il convient enfin de jeter rapidement un coup d'œil sur les actes qui n'emportent point acceptation, parce qu'on doit les considérer comme purement conservatoires, de surveillance et d'administration provisoire

L'héritier a le droit, non-seulement d'accepter purement et simplement, ou de renoncer, mais il a aussi celui d'accepter sous bénéfice d'inventaire : pour cela, la loi lui donne un certain délai, et pendant ce délai, des actes de conservation, de simple administration, peuvent devenir nécessaires ; il a donc la faculté de les faire, tout en conservant la liberté de prendre ensuite le parti qu'il jugera convenable à ses intérêts : seulement il ne doit faire que des actes conservatoires et d'administration urgente, et ne prendre dans aucun la qualité ou le titre d'héritier ; il doit se borner à prendre celui d'habile à succéder.

« Les actes purement conservatoires, de sur-« veillance et d'administration provisoire, dit « l'art. 779(2), ne sont pas des actes d'adition d'hé-« rédité, si l'on n'y a pas pris le titre d'héritier. »

Si on l'y avait prise, cette qualité, comme l'acceptation serait expresse, il n'y aurait plus à rechercher si l'acte est de pure conservation, ou s'il fait nécessairement supposer que l'intention de l'héritier, en le faisant, a été de se porter héritier : tout doute à cet égard s'évanouirait.

404. L'on a toujours regardé le payement des frais funéraires fait par l'héritier comme un acte qui n'emporte point acceptation : l'héritier est censé agir *pietatis causa* (3).

Il peut, comme s'il avait déjà accepté bénéfi-

(1) Code de Hollande, art. 1418.
(2) Ibid., art. 1095.

(3) L. 14, § 8, *de Relig. et sumpt. funer.*, et L. 20, §§ 1 et 3, ff. *de Acquir. vel omitt. heredit.*

ciairement, mais en se faisant autoriser par la justice, vendre, en sa qualité d'habile à succéder, les meubles dispendieux à conserver, les choses sujettes à un prompt dépérissement, et les denrées; mais cette vente doit être faite par officier public, après les affiches et publications réglées par les lois sur la procédure. (Art. 796) (1).

Il peut aussi, toujours en cette qualité, et comme administrateur de l'hérédité, interrompre les prescriptions qui courent au profit des débiteurs de la succession ou des détenteurs des biens qui en font partie ;

Prendre inscription hypothécaire sur les biens des débiteurs de l'hérédité ;

Faire les réparations nécessaires et urgentes ;

S'opposer au déménagement des locataires qui n'ont pas payé les loyers ;

Donner les congés qu'il serait utile de donner ;

Louer, pour les termes ordinaires des baux faits sans écrit, les appartements vacants ;

Intervenir dans les distributions de deniers qui se feraient sur les débiteurs de la succession, et pour cela, former les oppositions nécessaires ou les demandes à fin de collocation hypothécaire, etc.

405. Tous ces actes ne sont que de simples actes de conservation et d'administration provisoire. Mais quand l'héritier craint de se compromettre en en faisant d'autres : par exemple, comme dit M. Chabot, lorsqu'il s'agit de consentir des baux à ferme ou à loyer, ou même de renouveler ceux qui existent et qui vont expirer, il doit se faire autoriser par le tribunal à cet effet (2).

406. Lorsqu'une personne à qui une succession est échue est morte sans l'avoir répudiée ou sans l'avoir acceptée expressément ou tacitement (3), ses héritiers peuvent l'accepter ou la répudier de son chef. (Art. 781.)

C'est là l'effet du droit de *transmission*, qui n'avait lieu dans le droit romain que dans quelques cas seulement (4). Ce droit résulte de la *saisine*, dont il a été parlé plus haut (5); et nous le reconnaissons même aussi à l'égard de l'enfant naturel et du conjoint survivant, successeurs irréguliers, quoiqu'ils ne soient pas saisis de plein droit, qu'ils soient obligés de demander la délivrance ou de se faire envoyer en possession suivant les distinctions et formalités établies par la loi (art. 724); mais ils ne sont pas moins saisis du droit tel qu'il existe, c'est-à-dire sous l'obligation de demander cette délivrance ou cet envoi ; et ce droit, dont il faut bien qu'ils soient saisis pour qu'ils puissent l'exercer, ils le transmettent à leurs représentants, puisqu'il est pécuniaire et non exclusivement attaché à la personne.

Si la succession avait été acceptée par l'héritier, il est clair que ses propres héritiers n'ayant que les mêmes droits qu'il avait, ils ne pourraient la répudier ; ils pourraient seulement renoncer à la sienne, dans laquelle s'est confondue la première, s'ils ne l'avaient pas encore acceptée.

Et s'il avait lui-même renoncé à l'hérédité dont il s'agit, ses héritiers, par l'effet du même principe, ne pourraient ensuite accepter cette hérédité, tout en acceptant la sienne. Ils n'ont ni plus ni moins de droits que lui.

407. Toutefois, si la succession à laquelle leur auteur a renoncé n'avait point encore été acceptée par d'autres, à son refus, nul doute, et nonobstant la généralité des termes de l'article 781, qu'ils ne pussent eux-mêmes, et comme exerçant les droits qu'il avait encore, l'accepter de son chef, conformément à l'art. 790, qui modifie, sous ce rapport, la disposition du premier de ces articles, suivant laquelle les héritiers de celui à qui une succession est échue n'ont droit de l'accepter ou de la répudier qu'autant qu'il ne l'a pas lui-même répudiée ou acceptée. Ils peuvent faire tout ce qu'il aurait pu faire à cet égard ; or, dans l'hypothèse, il eût encore pu accepter.

408. Mais pour accepter ou répudier la succession dont il s'agit, les héritiers de celui qui est mort sans avoir pris parti à ce sujet sont obli-

(1) Code de Hollande, art. 1073.

(2) Mais il ne doit avoir, selon nous, aucune crainte quand il se borne à faire les locations d'appartements pour les termes d'usage des baux faits sans écrit.

(3) Ce qui a lieu surtout quand deux ou plusieurs personnes respectivement appelées à la succession l'une de l'autre, périssent dans le même événement. (Art. 720, 721, 722.)

(4) Voyez *supra*, n° 56.

(5) Nos 53 et suivants.

gés d'accepter la sienne, ils l'acceptent par cela même, puisque ce n'est que de son chef qu'ils agissent.

En effet, en répudiant la première hérédité, ils aliènent un droit dépendant de la seconde; et en l'acceptant ils font acte d'héritier à l'égard de cette dernière, puisqu'ils exercent un droit qui en fait partie; tellement que par cela seul qu'ils acceptent ou répudient cette première hérédité, ils font acte d'héritier à l'égard de celle de leur auteur direct et immédiat à qui elle était échue; tandis que pour celle dont il s'agit, ils peuvent la répudier ou l'accepter du chef de leur auteur, qui leur a transmis tous ses droits, au nombre desquels était compris celui d'accepter ou de répudier cette succession.

409. Mais la loi a prévu qu'ils pourraient n'être pas d'accord sur le parti à prendre à ce sujet; que les uns voudraient peut-être répudier, les autres accepter purement et simplement, d'autres enfin accepter sous bénéfice d'inventaire.

Anciennement, on décidait la question par le *quid utilius*, et généralement c'était pour l'acceptation bénéficiaire; mais ce n'était point une règle: aussi s'est-il élevé souvent des difficultés sur ce point (1). Le Code a voulu les prévenir, en disant que, « si ces héritiers ne sont pas d'accord pour accepter ou pour répudier la succession, elle doit être acceptée sous bénéfice d'inventaire. » (Art. 782) (2). On a cru, par ce moyen, satisfaire aux espérances, peut-être bien fondées, de ceux qui croient que l'hérédité est avantageuse, et mettre à l'abri de tout préjudice ceux qui ont la crainte, peut-être bien fondée aussi, qu'elle ne soit mauvaise.

410. Cependant, comme il pourrait arriver que celui à qui la succession était échue eût été tenu au rapport envers ses cohéritiers, pour les avantages qu'il avait reçus du défunt sans clause de préciput ou de hors part (art. 843) (3), et par conséquent que ses héritiers, en acceptant de son chef, même bénéficiairement, y seraient pareillement assujettis, tandis qu'il eût peut-être mieux valu pour eux renoncer à la succession et s'en tenir aux dons ou legs, on sent que la question du *quid utilius* pourrait encore avoir de l'importance, si le Code ne l'avait pas prévenue, et ce sera généralement en pareil cas que les héritiers ne s'accorderont pas, du moins sur l'acceptation bénéficiaire. De là, il peut arriver que l'obstination, les faux calculs de l'un des héritiers de celui à qui la succession dont il s'agit était échue, entraînent les autres dans une perte réelle, en les obligeant au rapport dont aurait été tenu leur auteur, quand il eût mieux valu pour eux renoncer de son chef. La connivence de cet héritier avec les cohéritiers de son auteur immédiat, qui profiteraient ainsi de ce rapport, n'est pas moins à craindre, et cependant il serait bien difficile d'en empêcher l'effet, puisque la loi dit qu'en cas de dissidence entre les héritiers de celui qui avait recueilli la succession dont il s'agit, cette succession sera acceptée sous bénéfice d'inventaire : usant de son droit en optant pour l'acceptation, il ne pourrait donc que très-difficilement être accusé de connivence et de fraude, parce que *Is qui jure utitur, neminem lædit.*

411. Néanmoins, nous aurions bien de la peine à croire que le législateur eût entendu par là favoriser aussi l'intérêt particulier de cet héritier, dans le cas où, appelé pareillement à la première succession avec le dernier décédé (4), celui-ci eût été tenu à un rapport qui serait plus avantageux pour l'héritier que le bénéfice de l'accroissement résultant de la renonciation pure et simple. La loi actuelle n'a eu, en effet, d'autre but que de prévenir des difficultés et des procès que pouvait faire naître l'entêtement de l'un ou de plusieurs des cohéritiers, ou le désir de n'être pas chargés des embarras d'une liquidation même bénéficiaire; mais elle n'a pu vouloir favoriser l'intérêt des uns au détriment de celui des autres. En conséquence, si, conformément à l'article 782, les tribunaux ordonnaient que la succession dont il est question sera acceptée sous bénéfice d'inventaire, ils ne devraient le faire, d'après la règle que quiconque cause à autrui un préjudice par

(1) *Voyez* dans *le Nouveau Denizart*, au mot *Adition*, § 4, et surtout au mot *Héritier*, § 10.

(2) Code de Hollande, art. 1096.

(3) Code de Hollande, art. 1132.

(4) Ce qui peut avoir lieu surtout par l'effet de divers mariages contractés dans la même famille.

son fait, est obligé à le réparer (article 1382) (1), surtout, comme dans l'espèce, pour en tirer un bénéfice, ils ne devraient le faire, disons-nous, qu'en accueillant la demande faite par les cohéritiers d'être rendus indemnes du tort réel que pourrait leur occasionner l'obligation de rapporter ce qui avait été donné à leur auteur, eux offrant, de leur côté, d'abandonner à l'héritier qui veut absolument que la succession soit acceptée, tous les avantages qui pourraient résulter de cette même succession à laquelle ils veulent renoncer. Si cette décision n'est pas fondée sur le texte de l'article 782, elle est du moins fondée sur l'esprit du droit commun et sur les principes de l'équité.

412. Au surplus, si les héritiers, collectivement, de celui à qui la succession était échue, et qui l'acceptent de son chef, même bénéficiairement, sont tenus aussi de son chef du rapport dont il aurait été tenu lui-même, si c'eût été lui qui eût accepté l'hérédité, il n'en est pas ainsi au sujet des avantages qu'auraient reçus de celui de la succession duquel il s'agit, l'un ou plusieurs de ces héritiers, et même tous, s'ils ne sont point eux-mêmes héritiers directs de ce dernier; car le rapport n'est dû que par l'héritier qui vient à la succession, ou par ceux qui y viennent de son chef ou par le bénéfice de la représentation (articles 781, 843 et 848, analysés et combinés) (2): or, dans l'espèce, les héritiers de l'héritier ne sont pas directement les héritiers du premier décédé; ils ne le sont que parce qu'ils sont ceux du dernier décédé, et comme représentants de celui-ci. Ils ne viennent pas à sa succession comme ses héritiers personnels, mais bien comme héritiers d'un autre. Qu'importe, après cela, que l'article 846 soumette au rapport le donataire qui n'était pas le successible du donateur, c'est-à-dire son héritier présomptif au moment de la donation, mais qui se trouve son successible au jour de l'ouverture de la succession, et qui l'accepte? Le cas est bien différent, puisqu'ici le donataire se trouve héritier du donateur, tandis que dans le premier cas il ne l'est pas. Il n'y a donc pas lieu de dire, avec quelques personnes, que le rapport n'est pas dû parce que les dons et legs sont censés faits avec dispense de rapport, ce qui rend applicable, selon ces personnes, l'article 847 (3). Il est plus exact de dire que le rapport n'est pas dû, parce que ceux qui ont reçu les avantages ne sont point les héritiers du donateur. Il est vrai que cet article dit que « les dons « et legs faits au fils de celui qui se trouve suc- « cessible à l'époque de l'ouverture de la suc- « cession, sont toujours réputés faits avec dis- « pense du rapport; » mais c'est pour dire ensuite que « le père venant à la succession du « donateur n'est pas tenu de les rapporter. » L'on a voulu par là prévenir un doute, que nous expliquerons quand nous traiterons spécialement *des rapports*. Quoi qu'il en soit, le rapport, dans notre espèce, n'est pas dû, parce que les donataires ne sont pas les héritiers du donateur; d'où il suit qu'il n'y a pas besoin de dire, ni même de supposer, que c'est parce que les dons ont été faits avec dispense du rapport.

§ II.

Quelles personnes ont capacité pour accepter les successions qui leur sont échues.

413. En général, toute personne à qui il est échu une succession a capacité pour l'accepter, par l'effet du principe que toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi (art. 1123) (4); car, par l'acceptation d'une hérédité, l'héritier contracte, sinon formellement, du moins tacitement, envers les créanciers du défunt et ses légataires, l'obligation de payer les dettes et d'acquitter les legs.

414. Mais précisément parce que celui qui accepte une succession se soumet à cette obligation, la loi n'a pas permis d'accepter l'hérédité à ceux-là même à qui elle n'a pas permis de contracter: tels sont, en général, les mineurs, les interdits et les femmes mariées non autorisées (art. 1124) (5). Elle a tracé, quant aux mineurs et aux interdits, des formalités propres à prévenir le danger qui aurait pu résulter pour eux d'une acceptation faite sans discernement; et elle a voulu, quant aux femmes mariées, qu'elles se fissent autoriser de leur mari, ou, à défaut de celui-ci, par

(1) Code de Hollande, art. 1401.
(2) Ibid., art. 1097, 1132 et 1135, §§ 2 et 3.
(3) Ibid., art. 1135.
(4) Code de Hollande, art. 1365.
(5) Ibid., art. 1366.

la justice, comme pour les contrats proprement dits.

Ainsi « les femmes mariées ne peuvent pas « valablement accepter une succession sans l'au- « torisation de leur mari ou de justice, confor- « mément aux dispositions du chapitre VI du « titre *du Mariage*. » (Art. 776) (1).

« Les successions échues aux mineurs et aux « interdits ne pourront être valablement accep- « tées que conformément aux dispositions du titre « *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Émanci- « pation*. » (*Ibid.*)

415. Parlons d'abord des successions échues aux mineurs ou aux interdits.

Quant aux mineurs, il n'y a, relativement à l'acceptation d'une hérédité, aucune distinction à faire entre les mineurs émancipés et ceux qui sont encore en tutelle.

Il n'y en a pas davantage à faire entre l'acceptation bénéficiaire et l'acceptation pure et simple. L'acceptation bénéficiaire pourrait aussi, dans certains cas (2), causer un préjudice au mineur, en le soumettant à l'obligation du rapport, quand il valait peut-être mieux pour lui renoncer et s'en tenir à ce qui lui avait été donné, au moins jusqu'à concurrence de la quotité disponible (article 845) (3), que d'accepter et de rapporter à la masse ce qu'il avait reçu du défunt.

En conséquence, la succession ne doit être acceptée par le tuteur ou par le mineur émancipé (4), que d'après une délibération conforme du conseil de famille ; et l'acceptation ne peut avoir lieu que sous bénéfice d'inventaire. (Art. 461, 483 et 776, analysés et combinés) (5).

416. La délibération du conseil de famille, qu'elle ait pour objet d'autoriser l'acceptation ou la renonciation, n'a pas besoin d'être homologuée par le tribunal (6) : la loi ne prescrit point cette homologation comme elle le fait pour les aliénations d'immeubles, les constitutions d'hypothèque, les emprunts et les transactions (art. 457, 458, 467, 483 et 484, combinés) (7) ; ce qui prouve qu'elle ne l'a point jugée nécessaire.

417. Et lorsque l'acceptation a été régulièrement faite, le mineur est lié par elle comme un majeur le serait lui-même : seulement il est nécessairement héritier bénéficiaire ; mais, à ce titre, il serait soumis au rapport, s'il y avait lieu, quoiqu'il fût plus avantageux pour lui d'être renonçant. Les précautions prises par la loi, les conditions qu'elle exige pour l'acceptation des successions échues aux mineurs, sa volonté que l'hérédité ne soit acceptée que sous bénéfice d'inventaire, tout atteste qu'elle a entendu que, lorsque l'acceptation serait faite conformément à ses dispositions, elle aurait, ainsi qu'une donation dûment acceptée (art. 463) (8), le même effet qu'à l'égard du majeur ; qu'il n'y aurait pas lieu pour le mineur à s'en faire relever en vertu de l'article 1305 (9), attendu qu'il ne s'agit pas d'un acte passé par lui en sa seule qualité de mineur, mais d'un acte qui, fait suivant les formes protectrices de la loi, est censé fait par un individu jouissant de toute la capacité requise pour le faire (10). (Art. 1314, par argument) (11).

418. Tout ce qui vient d'être dit s'applique au cas où la succession est échue à un interdit pour démence. Les lois sur la tutelle des mineurs sont applicables à celle des interdits (art. 509) (12), et spécialement en matière d'acceptation de succession, l'art. 776, comme on l'a dit, met sur la même ligne les interdits et les mineurs.

419. Quant à ceux qui sont simplement placés

(1) Code de Hollande, art. 1092.

(2) Ainsi que nous l'avons déjà dit au titre *de la Tutelle*, tome III, nº 576.

(3) Code de Hollande, art. 1133.

(4) Ce dernier, au moyen de la délibération, n'a pas besoin de l'assistance de son curateur pour accepter bénéficiairement la succession, mais il en aura besoin pour provoquer la division, ou défendre à la demande en partage, ce qui est en effet bien différent (art. 840). Au surplus, il convient, pour prévenir toute difficulté, que le mineur, lorsqu'il fera sa déclaration au greffe, soit assisté de son curateur, et que ce curateur signe aussi la déclaration.

(5) Code de Hollande, art. 459, 480-484 et 1092.

(6) *Voyez* tome III, nº 577. Mais nous devons faire observer que, dans la première édition de cet ouvrage, nous avons, par inadvertance, au nº 693 du même volume, en disant que le mineur émancipé ne peut ni accepter ni répudier une succession, si ce n'est d'après une délibération du conseil de famille, mal à propos ajouté ces mots, *dûment homologuée*.

(7) Code de Hollande, art. 451, 452, 465, 483-484 et 485.

(8) Ibid., art. 460.

(9) Ibid., art. 1482.

(10) *Voy* au tome III, nºs 574, 577, 579, 592, 594, 595 et 598.

(11) Code de Hollande, art. 1484,

(12) Ibid., art. 506.

sous l'assistance d'un conseil judiciaire, pour prodigalité ou faiblesse d'esprit, les art. 499 et 513 (1), qui leur défendent de plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier et en donner décharge, d'aliéner et de grever leurs biens d'hypothèque, sans l'assistance de ce conseil, ne parlent pas, il est vrai, nommément de l'acceptation ni de la répudiation d'une succession; mais il n'est pas douteux que l'assistance du conseil ne soit nécessaire pour un tel acte. Accepter une succession, c'est s'obliger envers les créanciers et les légataires du défunt, et la répudier, c'est aliéner un droit : or, sous l'un comme sous l'autre rapport, celui qui a été jugé incapable de disposer librement de ses biens, de continuer à être le *moderator rei suæ*, est, par cela même, jugé incapable de faire seul, et sans l'assistance du guide qui lui a été donné, un acte d'une aussi grande importance.

420. Il faut toutefois remarquer que cet individu n'est point interdit, par conséquent qu'on ne saurait lui appliquer les lois sur les interdits, et spécialement celle qui veut que toute succession échue à une personne mise en état d'interdiction pour cause de démence soit acceptée sous bénéfice d'inventaire, si le conseil de famille juge utile d'autoriser le tuteur à accepter : d'où nous concluons que si l'acceptation a eu lieu purement et simplement, mais avec l'assistance du conseil, elle a les mêmes effets que celle qui aurait été faite par un individu avec pleine capacité; car l'assistance du conseil a précisément pour objet de suppléer à l'insuffisance de cette capacité chez celui auquel il a été donné; à tel point que, faits avec cette assistance, les actes les plus importants, comme les aliénations d'immeubles, les transactions, etc., sont valables, quoique faits sans aucune des formalités prescrites pour les actes qui intéressent des interdits proprement dits.

Mais il est du devoir de ce conseil de ne prêter son assistance que pour faire une acceptation bénéficiaire : c'est toujours le parti le plus sûr.

421. Suivant l'art. 29 du Code pénal : « Quiconque aura été condamné à la peine des travaux « forcés à temps, de la détention ou de la reclu- « sion, sera de plus, pendant la durée de sa peine, « en état d'interdiction légale; il lui sera nommé « un tuteur et un subrogé tuteur pour gérer et « administrer ses biens, dans les formes prescrites « pour la nomination des tuteurs et subrogés « tuteurs aux interdits. »

C'est-à-dire par un conseil de famille, puisque c'est un conseil de famille qui nomme le tuteur d'un interdit. (Art. 505, Cod. civ.)

Ce tuteur n'étant nommé que pour gérer et administrer les biens comme un tuteur ordinaire, il faut en conclure que, pour accepter ou répudier une succession échue au condamné pendant la durée de sa peine, il doit se faire autoriser par une délibération d'un conseil de famille dûment composé, et que l'acceptation, si ce conseil estime qu'il convienne d'accepter, doit être faite sous bénéfice d'inventaire, comme à l'égard d'une succession échue à un interdit pour démence, auquel la loi assimile évidemment l'interdit pour crime, en ce qui concerne l'administration des biens.

Les mêmes dispositions, ni aucune autre analogue n'étant établies contre le banni, il s'ensuit qu'il reste dans les termes du droit commun. En conséquence, c'est lui qui a seul qualité, par lui-même ou par un mandataire, pour accepter les successions qui s'ouvriraient à son profit pendant la durée de son bannissement, qui ne peut être moindre de cinq ans, ni excéder dix années. (Art. 32, Cod. pén.)

422. Souvent il s'ouvre une succession à laquelle est appelé un individu condamné par contumace à une peine qui emporte mort civile, ou à une peine qui n'emporte pas cette mort.

Dans ces cas, une première question est à décider, celle de savoir si le condamné qui est absent peut avoir des droits à l'hérédité, et en conséquence s'il doit y être représenté, ou s'il y a lieu, au contraire, d'appliquer la disposition de l'art. 136 (2), portant que. « S'il s'ouvre une « succession à laquelle soit appelé un individu « dont l'existence n'est pas reconnue, elle sera « dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il « aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui « l'auraient recueillie à son défaut. »

(1) Dispositions supprimées dans le Code de Hollande.

(2) Code de Hollande, art. 546.

Au titre *de la Mort civile* (1), nous avons dit, au sujet du condamné par contumace à une peine emportant la mort civile, que, pendant les cinq ans qui lui sont donnés pour purger la contumace, il est privé, non pas de la jouissance, mais de l'exercice des droits civils, en vertu de l'art. 28 du Code; que s'il s'ouvre une succession à laquelle il soit appelé, *et que son existence ne soit pas méconnue par ceux qui y viendraient avec lui ou après lui*, cette succession serait recueillie par le directeur des domaines et des droits d'enregistrement de son domicile, d'après les art. 466 et 472 du Code d'instruction criminelle, pour en être rendu compte ensuite à qui il appartiendrait.

Mais nous généralisons ici la proposition, et nous parlons indistinctement, que la condamnation soit à une peine emportant ou non mort civile, n'importe, car la décision doit être la même.

D'abord, il est évident que si les cohéritiers du contumace, ou ceux qui viendraient à l'hérédité à son défaut, ne méconnaissent point son existence, l'administrateur de ses biens le représente dans cette hérédité, accepte pour lui, s'il y a utilité de le faire, et reçoit sa part dans le partage, s'il y a lieu d'y procéder avant la comparution du condamné en justice. L'acceptation doit aussi avoir lieu sous bénéfice d'inventaire.

Mais il est possible que les cohéritiers du contumace ne reconnaissent pas son existence, et c'est dans cette supposition qu'au même endroit, où nous ne voulions pas encore agiter la question de savoir quel serait l'effet de leur refus, nous disons (par note) que ces mots, *et que son existence ne soit pas méconnue par ceux qui viendraient avec lui ou après lui*, sont par nous ajoutés par rapport à l'article 136 du Code civil, n'entendant alors rien préjuger à cet égard; et arrivant à l'explication de cet article (2), nous disons enfin qu'il est applicable, en principe, aussi bien au cas où l'absence de celui qui est appelé à une succession par son degré de parenté n'est pas encore déclarée au moment de l'ouverture du droit, qu'au cas où elle l'est déjà; mais qu'à cet égard il ne suffit pas aux cohéritiers, pour pouvoir prendre à eux seuls toute l'hérédité, de dire qu'ils ne reconnaissent point l'existence de l'absent; qu'il faut de plus que cette existence ne soit réellement pas reconnue, et que c'est là un point laissé à la sagesse du tribunal, dont la décision doit dépendre des circonstances particulières de la cause, des motifs de l'absence, s'ils étaient connus, du temps qui se serait écoulé depuis la disparition ou les dernières nouvelles, ainsi que des habitudes de l'individu. Or les motifs de la disparition d'une personne poursuivie pour crime sont assez sensibles, et la présomption de sa mort est beaucoup moins grave qu'à l'égard de tout autre individu qui s'est éloigné de ses foyers sans donner de ses nouvelles. D'ailleurs, il est très-possible qu'on ait acquis la certitude qu'il existait au moment de l'ouverture de la succession : la preuve peut en être fournie de plusieurs manières, et nul doute alors que l'art. 136 ne fût point applicable, et que le préposé de la régie ne dût être admis à exercer les droits du contumace dans l'hérédité dont il s'agit.

Mais si la disparition datait depuis longtemps au moment où vient à s'ouvrir cette hérédité, et si l'on n'avait eu d'ailleurs aucune nouvelle positive sur le sort du contumace; s'il s'était passé surtout quelque événement dans lequel on pourrait croire qu'il a été enveloppé, nous ne voyons pas pourquoi l'on n'appliquerait point cet art. 136, puisque sa disposition est générale, et n'excepte pas le cas où l'absent est poursuivi pour crime : seulement les motifs de sa disparition, et qui l'empêchent de donner de ses nouvelles et de reparaître, étant connus, c'est une circonstance qui doit rendre les tribunaux plus difficiles à admettre la prétention de ses cohéritiers de partager à eux seuls la succession, mais voilà tout. Et, dans l'hypothèse où cette prétention serait rejetée, nous croyons que s'il s'écoulait, sans qu'on eût des nouvelles du contumace, tout le temps à l'expiration duquel l'absence pourrait être déclarée dans les cas ordinaires, ils seraient alors en droit de demander compte de la portion que le receveur de la régie aurait reçue au nom de l'absent (sauf à la restituer si le cas y échéait), à moins qu'il ne fût prouvé que le contumace a réellement survécu à celui de l'hérédité duquel il s'agit et a pu lui succéder, parce qu'il n'était point frappé de mort civile à l'époque du décès de ce dernier.

(1) Tome I, n° 228.

(2) Même volume, n°s 535, et surtout 536.

423. Enfin, quant aux successions auxquelles sont appelées des femmes mariées, celles-ci, comme il a été dit plus haut, ne peuvent valablement les accepter qu'avec l'autorisation de leur mari ou de justice (1). (Art. 776 précité.)

Il n'y a aucune différence à faire à cet égard, à raison des divers régimes sous lesquels les femmes se trouveraient mariées, quoiqu'il puisse y en avoir beaucoup quant aux obligations qui résulteraient, pour les maris, de l'acceptation de l'hérédité, suivant que, mariés en communauté, ce seraient eux, et non la justice, qui auraient donné l'autorisation.

424. Ainsi, quand les époux sont mariés en communauté, il faut distinguer si la succession est purement mobilière, ou si elle est purement immobilière, ou enfin si elle est en partie mobilière et en partie immobilière.

Si elle est toute mobilière, et qu'elle soit acceptée avec l'autorisation du mari, elle tombe dans la communauté (art. 1401) (2), à moins de stipulation contraire dans le contrat de mariage; par exemple, s'il y avait simplement communauté réduite aux acquêts (art. 1498) (3). Par conséquent, les créanciers de l'hérédité peuvent poursuivre leur payement tant sur les biens de la communauté (art. 1411) (4), que sur les biens particuliers de la femme (art. 1419 et 1486) (5), et même sur ceux du mari (art. 1484 (6) et encore 1419) (7), quoique le mobilier de cette succession eût été constaté par un bon et fidèle inventaire, et que le mari, poursuivi sur ses propres biens ou sur ceux de la communauté, représentât identiquement ce mobilier.

425. Si la femme, dans ce cas, ne veut pas personnellement accepter la succession, le mari peut l'accepter, comme exerçant, en sa qualité de chef de la communauté, un droit qui appartient à cette même communauté (art. 1401, 1421, et surtout 818.) Il n'a même pas besoin pour cela d'argumenter de la disposition de l'art. 788, qui donne aux créanciers de l'héritier qui renonce à leur préjudice, la faculté de se faire autoriser par justice à accepter, de son chef, jusqu'à concurrence du montant de leurs droits; il tient directement de la loi, à raison de sa qualité de chef de la communauté, celui d'accepter une succession qui doit en faire partie, comme il peut en provoquer le partage sans le concours de sa femme.

Mais alors celle-ci ne pourrait être poursuivie à raison des dettes de l'hérédité que comme *commune en biens*, et non sur ses biens personnels; par conséquent, elle ne pourrait l'être durant la communauté, ni après sa dissolution, si elle y renonçait; et dans le cas même où elle accepterait cette communauté, elle ne serait encore tenue, soit vis-à-vis des héritiers de son mari, soit vis-à-vis des créanciers (envers lesquels elle ne s'est point personnellement obligée, puisqu'elle n'a point accepté la succession, qu'elle n'a pas voulu l'accepter, et que nul n'est héritier qui ne veut), que jusqu'à concurrence seulement de son émolument dans ladite communauté, pourvu qu'elle eût fait un bon et fidèle inventaire des biens dont elle se composait. (Art. 1483) (8).

Il faudrait même le décider ainsi, non-seulement dans le cas où la femme aurait expressément déclaré dans un acte qu'elle ne veut point accepter cette succession, mais encore dans le cas où le mari l'aurait simplement acceptée comme exerçant à cet égard les droits de la communauté, bien mieux, en déclarant dans un acte que c'est comme exerçant les droits de sa femme. Il est vrai que, d'après l'art. 1428, c'est lui qui exerce, sous ce régime, les actions mobilières qui appartiennent à cette dernière, et que, dans notre espèce, la succession est toute mobilière; d'où l'on pourrait vouloir conclure que la femme est censée avoir accepté par son ministère, et en conséquence qu'elle est censée tenue envers les créanciers de l'hérédité sur ses propres biens, comme dans le cas où c'est elle-même qui accepte, dûment autorisée à cet effet. Il n'en est cependant pas ainsi, du moins selon notre opinion : le

(1) Sur ce qui concerne l'autorisation maritale, ou judiciaire, dans quels cas elle est nécessaire à la femme, comment elle se donne ou s'obtient, et quel est l'effet du défaut d'autorisation, *voyez* ce qui a été dit au titre *du Mariage*, tome II, nos 441 à 519.

(2) Code de Hollande, art. 175.

(3) Code de Hollande, art. 210 et 212.

(4) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(5) Code de Hollande, art. 186.

(6) Ibid., art. 185.

(7) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(8) Code de Hollande, art. 186.

pouvoir du mari ne va pas jusque-là. Accepter une succession, quoiqu'on suppose (1) qu'elle est toute mobilière, est autre chose qu'exercer une action mobilière ; les conséquences de l'exercice d'une telle action peuvent être toutes prévues d'avance, mais celles de l'acceptation pure et simple d'une hérédité sont incalculables. La loi a donc pu raisonnablement donner au mari, sous le régime de la communauté, l'exercice des actions mobilières qui appartiennent en propre (2) à sa femme, sans vouloir pour cela lui donner le moyen d'obliger personnellement cette dernière envers les créanciers et les légataires d'une succession. Elle lui donne bien également le pouvoir de contracter des obligations sans le concours de sa femme, mais celle-ci n'est obligée par ces actes qu'en qualité de commune en biens, ce qui est très-différent. Or, par l'acceptation de la succession dont il s'agit, le mari peut bien s'obliger personnellement envers les créanciers et les légataires, mais il ne peut obliger sa femme que comme il l'obligerait dans les autres cas : il faut donc, pour qu'elle le soit aussi personnellement, qu'elle accepte elle-même, expressément ou tacitement, mais dûment autorisée, ou qu'elle donne pouvoir spécial à son mari, ce qui revient au même; car c'est à elle que la succession est échue, et nul n'est héritier qui ne veut.

426. Si c'est le mari qui ne veut pas accepter, tandis que la femme, pour faire honneur à la mémoire de son parent, ou pour d'autres motifs, veut le contraire, la justice ne doit pas lui donner indistinctement l'autorisation nécessaire à cet effet. Si la femme avait stipulé la reprise de ses apports en cas de renonciation à la communauté (3) (art. 1514) (4), et que l'hérédité présentât quelque avantage, comme la femme aurait alors un intérêt personnel, indépendamment de son intérêt comme commune en biens; l'autorisation devrait lui être accordée : mais alors elle seule se trouverait obligée envers les créanciers et les légataires, pourvu encore que le mari n'eût pas confondu le mobilier de cette succession dans la communauté sans un inventaire préalable (article 1416) (5). Si l'inventaire avait eu lieu, le mari serait à l'abri de toute poursuite de leur part en leur en abandonnant le contenu ; et ces créanciers et légataires, en cas d'insuffisance de ce mobilier, poursuivraient leur payement sur les autres biens de la femme, même pendant la communauté, mais à la charge de respecter la jouissance qu'en a le mari pendant son cours. Ils ne pourraient se venger que sur la nue propriété desdits biens. (Art. 1417, 1426) (6).

Dans la même hypothèse, si la femme n'avait pas stipulé la reprise de ses apports, comme elle n'aurait d'autre intérêt à ce que la succession fût acceptée que son intérêt de femme commune en biens, la justice devrait plus difficilement lui accorder l'autorisation ; car, dans ce cas, le refus du mari n'est rien autre chose que le refus de faire acquérir à la communauté des objets qui y entreraient de plein droit, et sans reprise pour la femme, sans aucun droit particulier pour celle-ci. C'est donc de sa part un acte d'administrateur des biens qui composent la communauté, et dans ces sortes d'actes, la justice ne doit pas contrecarrer son pouvoir, tant qu'il n'en abuse pas. Si elle croyait néanmoins devoir donner à la femme l'autorisation que celle-ci sollicite, elle ne devrait le faire qu'avec la condition que la femme acceptera bénéficiairement, afin que la nue propriété de ses biens ne fût pas compromise, ce qui est toujours fâcheux pour le mari.

427. Dans le second cas, où la succession est purement immobilière (7), il n'y a pas de difficulté.

Si la femme accepte avec l'autorisation de son mari, elle s'oblige personnellement : les créanciers peuvent poursuivre leur payement sur les

(1) Car elle peut renfermer des immeubles sans qu'on le sache.

(2) Il faut, en effet, entendre cela des actions qui sont propres à la femme, car si ces actions étaient tombées dans la communauté, le mari les exercerait comme chef de cette même communauté, en vertu des principes généraux qui la régissent (article 1421 et autres), et il n'y aurait pas eu besoin que la loi lui donnât à cet égard un pouvoir spécial, comme elle le fait dans l'art. 1428.

(3) Et, par la même raison, si le mobilier de cette succession n'entrait point en communauté, par l'effet d'une clause d'exclusion, ou par l'effet d'une stipulation de communauté réduite aux acquêts, le femme aurait aussi un intérêt *personnel* à accepter la succession.

(4) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(5) Idem.

(6) Idem.

(7) Ce qui sera bien rare; mais enfin l'art. 1412 le suppose.

immeubles de la succession, ce qui va sans dire, et ils peuvent aussi le poursuivre sur les autres biens personnels de la femme, sans être obligés de réserver la jouissance de ces biens au mari. (Art. 1413) (1).

Mais si la succession n'a été acceptée par la femme que comme autorisée en justice, au refus du mari, les créanciers, en cas d'insuffisance des immeubles de la succession, ne peuvent se pourvoir sur les autres biens de la femme qu'en respectant la jouissance qui en appartient au mari. (*Ibid.*)

Et si la femme ne veut pas accepter, sa renonciation ne peut préjudicier à ce dernier; elle ne pourrait d'ailleurs la faire qu'autant qu'elle serait dûment autorisée à cet effet : or la justice ne peut lui donner l'autorisation que sous la réserve de la jouissance du mari sur les biens de la succession, si la nue propriété suffit pour en acquitter les dettes et les charges.

428. Dans le troisième cas, où la succession est partie mobilière, partie immobilière, les dettes dont elle est grevée ne sont à la charge de la communauté que jusqu'à concurrence de la part contributoire du mobilier dans ces dettes, eu égard à sa valeur, comparativement à celle des immeubles (art. 1414); mais ce n'est pas ce dont il s'agit maintenant : c'est uniquement de l'acceptation de la succession et de ses effets par rapport à la femme à qui elle est échue, et par rapport au mari, suivant qu'elle a été acceptée par la femme, autorisée de celui-ci, ou, à son refus, par la justice, ou bien qu'elle a été acceptée seulement par le mari.

Aussi cette contribution de la communauté dans les dettes de la succession ne fait-elle point obstacle à ce que les créanciers poursuivent leur payement, non-seulement sur les biens de l'hérédité indistinctement, mais encore sur ceux de la communauté, lorsque la succession a été acceptée par la femme, du consentement de son mari; sauf les récompenses telles que de droit. (Art. 1416.) Par conséquent, ils peuvent aussi poursuivre leur payement sur les autres biens personnels de la femme, puisque, par son acceptation, elle s'est valablement obligée envers eux; et aussi sur les biens du mari, parce qu'il est toujours tenu sur ses biens personnels des dettes de la communauté, sauf son recours contre la femme ou ses héritiers, s'il y a lieu. (Art. 1484.) Or, ici la dette est dette de communauté, par cela seul que le mari a autorisé sa femme à accepter cette succession, dont une partie devait y entrer activement, ce qui rend applicable également l'art. 1419 (2), à tel point que le mari ne pourrait prétendre, après la dissolution de la communauté, et en invoquant l'art. 1485 (3), n'être tenu envers les créanciers de la succession que pour moitié des dettes, sur le fondement que ces dettes étaient personnelles à la femme, et que cet article porte : « Le mari n'est tenu « que pour moitié des dettes personnelles à la « femme, et qui étaient tombées à la charge de « la communauté; » car cette disposition doit s'entendre des dettes que la femme avait contractées *avant* le mariage et qui sont tombées à la charge de la communauté en vertu de l'article 1409 (4), et non de celles qu'elle a contractées pendant son cours, soit dans le cas prévu à l'art. 1419, soit dans celui maintenant en question. En un mot, l'autorisation du mari donnée à l'acceptation de la femme rend indistinctement, par rapport aux créanciers, dettes de la communauté les dettes de cette succession, parce que cette hérédité étant partie mobilière, partie immobilière, la communauté en acquiert par cela même une portion, et que les créanciers ne peuvent faire une ventilation à ce sujet, comme les époux ou leurs représentants pourront la faire entre eux : aussi l'art. 1416 précité est-il formel à cet égard. Il a d'ailleurs réservé les récompenses telles que de droit.

429. Mais si la succession n'a été acceptée par la femme que comme autorisée en justice, au refus du mari, il faut distinguer : ou le mobilier a été constaté par un bon et fidèle inventaire avant d'être mis avec celui de la communauté, ou il ne l'a pas été.

Dans la première hypothèse, les créanciers ne peuvent poursuivre leur payement que sur les biens tant mobiliers qu'immobiliers de ladite succession, et en cas d'insuffisance, sur la nue pro-

(1) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.
(2) Idem.
(3) Code de Hollande, art. 185.
(4) Ibid., art. 176.

priété des autres biens de la femme. (Art. 1417.)

Dans la seconde, ils peuvent, en outre, poursuivre leur payement sur les biens de la communauté (art. 1416), et, par conséquence de ce qui a été dit plus haut, sur ceux du mari.

Ainsi que dans le cas où la succession est purement mobilière, le mari, au refus de sa femme de consentir à accepter celle dont il s'agit, peut également l'accepter jusqu'à concurrence des droits de la communauté dans ladite succession ; et en faisant l'inventaire dont il vient d'être parlé, il n'obligera point la communauté, si ce n'est jusqu'à concurrence de la consistance du mobilier qui y sera entré par cette cause, c'est-à-dire sous l'obligation de le représenter aux créanciers et légataires, sauf ensuite à lui à régler avec les autres héritiers qui profitent de la renonciation de la femme, la part contributoire du mobilier dans les dettes, eu égard à la valeur de ce mobilier comparée à celle des immeubles, et la part aussi que doit y supporter sa jouissance de ces immeubles, puisque les autres héritiers ne profitent que de la nue propriété (1). En un mot, la femme peut bien ne pas vouloir accepter une succession qui lui est échue, et se soustraire par là à l'obligation personnelle d'en payer les dettes, parce que nul n'est tenu d'être héritier malgré lui; mais sa renonciation, même en la supposant faite avec l'autorisation de la justice, ne peut préjudicier aux droits du mari.

430. D'après cela, si la femme est mariée sous le régime exclusif de communauté, il est clair, 1° que c'est à elle (2), dûment autorisée de son mari, ou, à son refus, autorisée de justice, à accepter ou à renoncer, que la succession soit purement mobilière ou purement immobilière, ou mobilière et immobilière tout à la fois, n'importe; 2° qu'elle ne peut, par son refus de se porter héritière, priver son mari des droits que lui donne la loi, ou ses conventions matrimoniales, et qui consistent à jouir de tous les biens qui écheront à la femme pendant le mariage, à la charge de les restituer à elle ou à ses héritiers lorsqu'il se dissoudra, ou dans le cas de séparation judiciaire (art. 1530 et 1531) (3). Aussi le mari pourrait-il provoquer, sans le concours de sa femme, un partage provisionnel des objets dont il a le droit de jouir (art. 818). Et ce qu'il faut bien remarquer, c'est que si le mari ne peut forcer sa femme à accepter la succession, d'autre part celle-ci n'y peut renoncer sans son autorisation ou celle de justice.

431. Ce que nous venons de dire est applicable aussi au cas où les époux seraient mariés sous le régime dotal proprement dit, dans le cas où la dot s'étendrait aux biens de la succession échue à la femme, parce qu'elle comprendrait les biens à venir. (Art. 1542) (4).

432. Mais quel que soit le régime sous lequel les époux sont mariés, si le mari est mineur, l'autorisation de la justice est nécessaire à la femme pour accepter la succession comme pour y renoncer, bien que cette succession eût déjà été ouverte, mais non encore acceptée, au moment du mariage.

433. Et *vice versa*, si la femme est mineure, le mari ne peut seul valablement l'autoriser, à l'effet qu'elle puisse s'obliger personnellement envers les créanciers et les légataires, quand bien même il serait majeur : il faut une délibération du conseil de famille, et la succession doit être acceptée sous bénéfice d'inventaire, conformément à la seconde disposition de l'art. 776 ; car, par son mariage, la femme, sans doute, a bien été émancipée (art. 476), mais elle n'a pas cessé d'être mineure : or la loi veut indistinctement que toute succession échue à des mineurs ne puisse être acceptée que d'après une délibération conforme du conseil de famille, et sous bénéfice d'inventaire. Aussi ce n'est point à l'autorisation

(1) Et encore, si la femme eût été tenue au rapport, le mari serait obligé d'en faire raison aux autres héritiers, sinon pour le tout, au moins proportionnellement à la valeur des objets qu'il retire, comparée à celle des objets auxquels la femme a renoncé, et sur lesquels il n'a aucun droit.

(2) Cela n'est pas contraire à l'article 1531, suivant lequel le mari, sous ce régime, conserve l'administration des biens meubles et immeubles de la femme, et, par suite, le droit de *percevoir tout le mobilier qui lui échoit pendant le mariage*, tout comme celui qu'elle apporte en dot, à la charge de le restituer à la dissolution du mariage ou après la séparation de biens qui viendrait à être prononcée; car il ne résulte pas de là que le mari ait la puissance de faire acquérir à sa femme une succession dont elle ne veut pas, et de la soumettre à l'obligation d'en supporter les charges : *Nul n'est héritier qui ne veut.*

(3) Dispositions supprimées dans le Code de Hollande.

(4) Idem.

judiciaire qu'il faut recourir en pareil cas. Le mari tient lieu à sa femme de curateur, et voilà tout : seulement, s'il a intérêt à ce que la succession soit acceptée, quand le conseil de famille est d'un avis contraire, il peut, ainsi qu'il a été dit plus haut, exercer tous ses droits, nonobstant la renonciation ; et pour prévenir toute difficulté, il peut se faire autoriser en justice à cet effet, en vertu de l'article 788 (1). Mais nous ne croyons pas cette autorisation nécessaire : l'article 818, déjà cité plusieurs fois, nous paraît formel à cet égard.

434. Nous ne pensons pas non plus, avec un auteur, que, dans le cas où la femme a renoncé à la succession, dûment autorisée à cet effet, elle ait droit à ce qui resterait de sa part après le payement des dettes et charges, et le prélèvement de ce qui pouvait revenir à sa communauté ou à son mari, quoique la succession eût déjà été acceptée par d'autres. La part du renonçant accroît indistinctement à celle de ses cohéritiers : ce principe ne reçoit de modification que lorsque la renonciation préjudicie aux droits d'autrui, et seulement jusqu'à concurrence de ces mêmes droits. (Art. 788.)

§ III.

Des effets de l'acceptation pure et simple.

435. L'effet de l'acceptation remonte au jour de l'ouverture de la succession (art. 777) (2); et à cet égard il n'y a aucune différence entre l'acceptation bénéficiaire et l'acceptation pure et simple.

436. Dans le droit romain aussi l'effet de l'acceptation remontait au jour de l'ouverture de la succession : *Heres quandoque, adeundo hereditatem, jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur.* L. 54, ff. *de Acquir. vel omitt. heredit.*

On ne pouvait, en effet, pas plus que chez nous, être héritier d'une personne pour un temps sans l'être pour un autre temps, soit antérieur à l'acceptation, soit postérieur : la qualité d'héritier est indivisible : *Semel heres, semper heres.*

437. Mais chez nous, et à cause de la *saisine* (art. 724) (3), la succession n'est jamais censée *jacente*, et la possession du défunt passe à l'héritier sans intermittence : c'est la même qui se continue dans la personne de l'héritier; tandis que dans le droit romain, à l'égard des héritiers dits *volontaires*, soit *ab intestat*, soit en vertu d'un testament, l'acquisition de l'hérédité par l'acceptation ne donnait pas, seule, à l'héritier la possession du défunt, il fallait de plus qu'il prît lui-même corporellement possession des choses héréditaires (4), ou de celles que possédait le défunt et qui appartenaient à un tiers. Aussi était-ce une nouvelle possession, à laquelle toutefois l'héritier pouvait joindre celle de son auteur, pour prescrire, et même le temps pendant lequel l'hérédité avait été jacente (5), ce qui faisait, au surplus, que les résultats étaient à peu près les mêmes que chez nous, du moins sous ce rapport.

438. Puisque l'effet de l'acceptation remonte au jour de l'ouverture de la succession, que c'est par conséquent comme si l'héritier eût accepté à l'instant même où s'est opérée cette ouverture, il résulte de là :

1° Que si le cohéritier renonce, comme il est censé n'avoir jamais été héritier (art. 785) (6), celui qui a accepté, soit avant, soit après la renonciation du premier, est censé avoir été héritier pour *le tout*, à partir de l'ouverture de la succession, sauf l'application de l'article 788 (7), en faveur des créanciers du renonçant, s'il y a lieu.

439. 2° Que si l'héritier ou tous les héritiers qui ont renoncé veulent aussi accepter, en vertu de l'article 790, parce que la succession n'a pas encore été acceptée par d'autres, leur acceptation, nonobstant leur renonciation primitive,

(1) Code de Hollande, art. 1008.
(2) Ibid., art. 1093.
(3) Ibid., art. 880.
(4) *Voyez* notamment les LL. 23, *princip.*, et 30, § 5, ff. *de Acquir. vel amitt. possess.*
(5) LL. 40, et 44, § 3, ff. *de Usurp. et usucap.*; L. 6, § 2, ff. *pro Emptore.*
(6) Code de Hollande, art. 1104.
(7) Ibid., art. 1107.

n'est pas moins censée dater du moment du décès de celui de l'hérédité duquel il s'agit.

440. 3° Que l'héritier qui n'accepte que longtemps après l'ouverture de la succession n'en a pas moins droit aux fruits depuis le décès, conformément à cette règle du droit romain : *Fructus enim omnes augent hæreditatem, sive ante aditam hæreditatem, sive post aditam, accesserint.* L. 20, § 3, ff. *de Heredit. petit.*; mais toutefois avec cette différence que chez nous le possesseur de bonne foi d'une hérédité fait les fruits siens (art. 138) (1), comme le possesseur de bonne foi d'une chose particulière (article 549) (2) ; tandis que, dans la législation romaine, il était obligé de rendre, avec l'hérédité, ceux dont il s'était enrichi (3).

441. 4° Qu'il profite, quant à la possession, du temps intermédiaire, si toutefois elle n'a pas été interrompue, parce qu'un autre aurait possédé la chose pendant l'an et jour, paisiblement, publiquement, et à titre non précaire. (Art. 23, Cod. de procéd.)

442. 5° Que les prescriptions auront pu s'accomplir à son profit pendant ce temps intermédiaire, attendu que les tiers qui avaient intérêt à les interrompre pouvaient le faire, soit en poursuivant l'habile à succéder lui-même, qui aurait été alors forcé de prendre un parti, soit, s'il était inconnu, en faisant nommer un curateur à la succession vacante, contre lequel ils auraient exercé leurs droits. (Art. 813) (4).

443. 6° Que, *vice versa*, les prescriptions ont pu courir contre lui, encore qu'il eût été absent, inconnu, et que la succession n'eût pas été pourvue de curateur comme succession vacante (article 2259) (5) ; sauf, à l'égard des prescriptions ordinaires, les suspensions pour cause de minorité (art. 2252) (6), et spécialement dans celle de dix et vingt ans à l'effet d'acquérir, la prolongation du temps requis, si l'héritier a été absent. (Art. 2265 et 2266) (7).

De là, il peut arriver qu'un débiteur de la succession, ou le détenteur d'un immeuble qui en dépend, opposerait efficacement la prescription à Paul, si celui-ci, déjà majeur lors de l'ouverture de la succession, se portait héritier, tandis qu'il ne le pourrait pas si, au refus de Paul d'accepter, Antoine, mineur, ou qui a été absent, acceptait à sa place. Et il n'y aurait pas lieu, pour le tiers, d'attaquer la renonciation de Paul comme frauduleuse, comme faite en vue de mettre obstacle à l'exercice du moyen de prescription ; car nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui est échue (art. 775), sauf le droit réservé par l'art. 788 aux créanciers du renonçant, et le tiers n'est point de cette qualité. Celui qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier (art. 785) : sa part accroît de plein droit à ses cohéritiers, et s'il est seul de son degré, la succession est dévolue à l'héritier du degré subséquent (art. 786) (8), qui est aussi censé héritier du jour où elle s'est ouverte.

444. 7° Que tous les objets (9) échus à son lot sont censés lui avoir appartenu en totalité à partir de la mort du défunt, quoique le partage n'ait eu lieu que longtemps après, et par réciprocité, ou, pour mieux dire, par application directe du principe, il est censé n'avoir jamais eu aucun droit sur les objets échus aux lots de ses cohéritiers (art. 883) (10). Chez nous le partage est simplement *déclaratif* de la propriété dans la personne de chacun des héritiers, tandis que, dans le droit romain, il était *translatif* de cette propriété : il opérait un échange, avec toutes ses conséquences.

445. 8° Que par son acceptation pure et simple,

(1) Code de Hollande, art. 548.
(2) Ibid., art. 604, 630 et 634.
(3) *Voyez* sur ce point ce qui a été dit au tome I, nos 583 et suiv., en parlant de la *pétition d'hérédité*.
(4) Code de Hollande, art. 1174.
(5) Ibid., art. 2029.
(6) Ibid., art. 2024.
(7) Ibid., art. 2000.
(8) Ibid., art. 1105.

(9) *Corporels* ; car les créances (et les dettes) se divisent de plein droit entre les héritiers (art. 1220) ; elles ne figurent donc dans le partage que comme objet de *cession*, que les héritiers se feraient réciproquement, soit que le partage eût lieu judiciairement, soit qu'il eût lieu extrajudiciairement. L. 3, ff. *Famil. ercisc.* C'est ainsi qu'il faut entendre l'article 832 ; mais nous reviendrons plus tard sur ce point pour déduire les conséquences de la distinction.
(10) Code de Hollande, art. 1128.

l'héritier ne pouvant plus renoncer, se trouve soumis à l'obligation de payer les dettes du défunt et d'acquitter les legs qu'il a faits, pour une portion, en principe général, correspondante dans chaque dette ou dans chaque legs à sa part dans la succession(1). (Art. 870, 873 et 1220) (2).

446. 9° Que s'il était créancier ou débiteur du défunt, sa dette ou sa créance s'est trouvée éteinte par confusion, à partir du décès de ce dernier, ou jusqu'à concurrence de sa part héréditaire, s'il n'est héritier que pour partie (article 1300) (3); ce qui n'empêche toutefois pas de la compter fictivement pour faire le calcul de la réserve qui lui serait due, dans le cas où le défunt aurait disposé *ultra modum* (4), suivant ce que nous dirons dans la suite; car la confusion éteint plutôt l'action que le droit lui-même (5).

447. 10° Enfin, par son acceptation, l'héritier s'est enlevé le droit de pouvoir renoncer, à moins qu'il ne soit dans l'un des cas où la loi l'autorise à réclamer, et qu'il n'use du bénéfice de ses dispositions. Il a confirmé la vocation de la loi. Jusque-là il était sans doute héritier, puisque l'effet de la saisine était de l'investir du droit, et qu'il n'y pouvait prétendre que comme représentant du défunt, comme son héritier, en un mot; mais il avait la faculté de renoncer et de faire supposer par là qu'il n'avait jamais été héritier : car, si, d'une part, celui qui accepte est censé avoir été héritier à partir du décès du défunt (art. 777) (6), d'autre part, celui qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier (art. 785) (7); et dans les deux cas, toujours par l'effet du principe, que l'on n'est point héritier d'une personne pour un temps, à une époque seulement, on l'est pour toujours, ou on ne l'est pas du tout. En acceptant, l'héritier s'est donc enlevé la faculté de renoncer, et voilà tout; il n'a pas, à proprement parler, acquis un droit, puisqu'il l'avait déjà, et qu'il l'avait si bien, qu'il eût pu le transmettre à ses propres héritiers (art. 781) (8), même en mourant sans avoir su que ce droit était ouvert à son profit, comme dans le cas où il serait mort dans le même événement avec le défunt (art. 720) (9). Ces principes serviront de base à l'une des interprétations que l'on donne de l'art. 789 (10), qui porte : « La faculté d'accepter ou de répudier une succession se prescrit par le laps de temps requis pour la prescription la plus longue des droits immobiliers; » c'est-à-dire par trente ans (art. 2262) (11). Mais n'anticipons pas.

448. Puisque l'acceptation a des conséquences qui peuvent être si graves pour celui qui l'a faite, il était juste que la loi ouvrît une voie pour la faire rescinder ou révoquer, dans les cas où elle n'a pas été l'effet d'une volonté libre, ou que, par le fait même du défunt, elle ne serait pour l'héritier d'aucune utilité réelle, bien mieux, qu'elle lui serait préjudiciable : c'est ce qui va être expliqué dans le paragraphe suivant.

§ IV.

De la révocation de l'acceptation, ou de la réclamation de l'héritier dans les cas déterminés par la loi.

449. L'acceptation d'une succession peut être attaquée par celui qui s'est porté héritier, dans les deux cas spécifiés à l'art. 783 (12), mais toutefois avec des effets différents, ainsi qu'on le verra dans le cours de l'explication.

« Le majeur, porte cet article, ne peut attaquer l'acceptation expresse ou tacite qu'il a faite d'une succession, que dans le cas où elle aurait été la suite d'un dol pratiqué envers lui : il ne peut jamais réclamer sous prétexte de lésion, excepté seulement dans le cas où la succession se trouverait absorbée ou diminuée de plus de moitié par la découverte d'un testament inconnu au moment de l'acceptation. »

(1) Mais nous aurons ultérieurement quelques observations à faire sur la rédaction de ces articles, en les combinant; car elle est loin d'être la même dans les trois.
(2) Code de Hollande, art. 1146, 1147 et 1335.
(3) Ibid., art. 1172.
(4) LL. 6 et 14, *ad Legem Falcid.*
(5) *Potius eximit personam ab obligatione, quam extinguit obligationem*, attendu qu'on ne peut pas se poursuivre soi-même.
(6) Code de Hollande, art. 1093.
(7) Ibid., art. 1104
(8) Ibid., art. 1097.
(9) Ibid., art. 878.
(10) Ibid., art. 1108.
(11) Ibid., art. 2004.
(12) Ibid., art. 1099.

450. On voit que l'article parle du *majeur;* mais ce n'est pas assurément pour exclure le mineur du droit de se faire restituer contre une acceptation qui lui préjudicierait et qui n'aurait été que la suite d'un dol pratiqué envers lui ; ce ne serait point du tout le cas de l'adage : *Qui dicit de uno, negat de altero;* et pour le démontrer, nous ne dirons pas que l'article ne s'occupe que des acceptations pures et simples, et par conséquent qu'il laisse les bénéficiaires dans les termes du droit commun, car bien certainement le majeur lui-même qui n'aurait accepté, même bénéficiairement, que par suite d'un dol pratiqué envers lui, par exemple, par un cohéritier, dans la vue de l'amener à rapporter ce que le défunt lui avait donné en avancement d'hoirie, pourrait également se faire restituer contre son acceptation ; mais nous dirons qu'en parlant nommément du majeur, on avait en vue les formalités prescrites pour l'acceptation des successions échues aux mineurs ; on songeait que, ne pouvant avoir lieu que sous bénéfice d'inventaire, elle ne devait leur causer aucun préjudice, parce qu'en effet communément elle ne peut leur en causer aucun, et que le législateur statue sur ce qui arrive le plus communément. Mais si, au contraire, elle leur en causait un véritable, et qu'elle n'eût été que la suite de manœuvres pratiquées, par exemple, par un cohéritier auprès des membres du conseil de famille, pour leur faire croire à l'existence de créances chimériques ou éteintes, ou à l'acquittement de dettes encore existantes (1), le tout dans la vue d'amener ainsi ses cohéritiers mineurs à accepter l'hérédité, quoique bénéficiairement, et à rapporter ainsi à la masse les avantages qui leur avaient été faits par le défunt, nul doute alors, quand bien même aucun des membres du conseil de famille n'aurait colludé avec lui, que les mineurs ne pussent faire rescinder leur acceptation, pour reprendre les avantages qu'ils avaient reçus, au moins jusqu'à concurrence de la quotité disponible. Ils y seraient admis, *non tanquam minores, sed tanquam decepti.*

451. Et ce que l'on dit ici des mineurs s'applique également aux interdits.

452. L'art. 783 ne parle pas davantage du cas où l'héritier n'aurait accepté que par suite de violences ou contraintes exercées envers lui (2) ; et néanmoins il n'est pas douteux non plus que ce ne fût, comme le dol, une cause d'annulation de l'acceptation (3). D'ailleurs la violence renferme le dol : *Metus dolum in se recipit.* L'art. 1111 n'exige même pas, pour qu'il y ait lieu d'attaquer l'acte pour cette cause, que la violence ait été exercée par celui au profit duquel l'engagement a été contracté ; quoique exercée par un tiers, sans complicité de la partie, elle n'en est pas moins une cause de nullité.

En sorte que, lors même que ce ne serait aucun des créanciers ou des légataires qui en serait auteur ou complice, l'héritier n'en pourrait pas moins incontestablement se faire relever de son acceptation, de manière à être considéré comme n'ayant jamais été héritier. Ce que la loi décide en matière de contrats, en général, qui n'ont été consentis que par suite de violence, est nécessairement applicable à l'acceptation d'une hérédité qui n'a eu lieu que par la même cause, puisque le consentement libre et pur y est aussi essentiel que dans les contrats proprement dits : *Nul n'est héritier qui ne veut.*

453. Dans les contrats, en général, le cas de dol se régit par d'autres principes. Il faut, pour qu'il soit une cause de nullité de l'engagement, 1° qu'il en ait été la cause, c'est-à-dire qu'il soit évident que, sans les manœuvres, cet engagement n'eût pas existé, ce qui est un point à apprécier par le juge ; 2° que ces manœuvres aient été pratiquées par l'autre partie (art. 1116) (4), ou du moins qu'elle en ait été complice : sinon, le dol ne donne lieu qu'à une action en dommages-intérêts contre celui qui nous a causé un tort quelconque par sa mauvaise foi ou sa malice, conformément à l'article 1383 (5).

Et cette distinction entre le cas de dol et celui

(1) *Dolus est omnis calliditas, fallacia, machinatio, ad circumveniendum, decipiendum, fallendumque alterum adhibita.* L. 1, § 2, ff. *de Dolo malo.*

(2) Ou envers son descendant, son ascendant, ou son conjoint. (Art. 1113.)

(3) L. 85, ff. *de Acquir. vel omitt. hered.*

(4) Code de Hollande, art. 1364.

(5) Ibid., art. 1403.

de violence dans les contrats en général, a donné lieu à la double question de savoir:

1° Si, en matière d'acceptation d'hérédité, l'héritier trompé par tout autre qu'un créancier ou un légataire de la succession, sans complicité de la part de ceux-ci, peut se faire relever de son acceptation, en établissant qu'elle n'a été que la suite de manœuvres pratiquées par un tiers pour lui nuire; ou s'il n'a, au contraire, qu'une action en dommages-intérêts contre celui qui l'a trompé;

2° Si, trompé par un ou plusieurs créanciers ou légataires, il peut se faire relever de son acceptation d'une manière absolue; ou s'il n'en doit être relevé que par rapport à ceux qui l'ont trompé, et sauf, en outre, son action en dommages-intérêts contre eux, à raison du préjudice qu'elle peut lui causer à l'égard des autres créanciers ou légataires.

454. Sur la première question, M. Chabot convient bien que s'il s'agissait de violence, lors même qu'elle aurait été exercée par un tiers, sans complicité de la part d'aucun créancier ou légataire de la succession, elle n'en serait pas moins, pour l'héritier violenté, une juste cause de rescision de son acceptation; que l'art. 1111 (1) le voudrait ainsi, et avec raison, attendu que, par qui que ce soit que la violence ait été exercée, il n'en est pas moins vrai que l'héritier n'a pas librement consenti, que son consentement est vicieux, et, à ce titre, qu'il doit être annulé. Mais dans le cas où l'héritier ne peut alléguer que le dol, dit le même auteur, il faut, pour que ce dol puisse être une juste cause de rescision de l'acceptation, qu'il ait été pratiqué par un ou plusieurs des créanciers ou des légataires de la succession, parce que, aux termes de l'art. 1116, le dol doit avoir été pratiqué *par l'une des parties*, pour être une cause de nullité de l'engagement.

Et cependant, sur la seconde question, ce jurisconsulte, par une inconséquence bien facile à apercevoir, dit qu'il n'est pas nécessaire, pour que l'acceptation soit rescindée dans son entier, dans tous ses effets, que tous les créanciers et les légataires aient été auteurs (ou complices) du dol; qu'il suffit qu'il ait été commis par un ou plusieurs d'entre eux, créanciers ou légataires, n'importe, par la raison que l'héritier est alors dans le cas de l'art. 1116, le dol ayant été commis par *l'une des parties;* en second lieu, parce que ce dol est la cause de l'acceptation, ce qui est le cas prévu à l'art 783; et enfin parce que l'acceptation est indivisible.

Mais le premier de ces raisonnements est également applicable au premier cas, à celui où le dol a été commis par un tiers; car il est évident que le créancier ou le légataire qui l'a commis n'est une *partie* que dans ses rapports avec l'héritier qu'il a trompé, et qu'il est absolument un *tiers* à l'égard des autres créanciers ou légataires: son intérêt n'a rien de commun avec le leur; il n'y a surtout aucun rapport possible entre l'intérêt d'un légataire et celui d'un créancier, puisque les créanciers doivent toujours être payés de préférence aux légataires, quand l'actif ne suffit pas pour payer les uns et les autres. D'après cela, l'héritier devrait bien sans doute pouvoir se faire relever de son acceptation par rapport à celui qui l'a trompé, ce qui n'est pas l'objet de la question, mais il ne devrait point, dans le système de M. Chabot, pouvoir le faire par rapport aux autres, qui, étant étrangers au dol, ne peuvent être considérés comme *parties* dans le quasi-contrat formé par l'acceptation, afin, en appliquant l'art. 1116, de dégager l'héritier aussi envers eux.

Et quant à la seconde raison, que c'est le dol du créancier ou du légataire qui est la cause de l'acceptation, elle est la même lorsque c'est un étranger à la succession qui l'a commis.

Enfin la troisième, que l'acceptation est indivisible, a la même force dans un cas que dans l'autre, puisque l'héritier trompé par un tiers, et qui demande à être relevé de son acceptation, ne serait pas héritier pour partie seulement; il cesserait de l'être entièrement, et serait censé ne l'avoir jamais été. Le principe de l'indivisibilité de la qualité d'héritier ne serait donc pas plus violé dans ce cas que dans l'autre.

Aussi ne pouvons-nous adopter la distinction de M. Chabot (2). Nous croyons que la disposition

(1) Code de Hollande, art. 1359.

(2) M. Delvincourt fait également cette distinction, en soutenant que l'art. 783 n'est même point une dérogation au principe général consacré en matière de dol par l'art. 1116, parce que si le dol a été commis par un individu étranger à la succession, ce qui est difficile à supposer, observe ce jurisconsulte, l'héritier aura contre lui une action en dommages-intérêts; que s'il a été commis par un créancier ou légataire, on est précisé-

de l'art. 783 est spéciale, et qu'elle devait l'être : le majeur, porte cet article, ne peut attaquer l'acceptation expresse ou tacite qu'il a faite d'une succession, que dans le cas où cette acceptation *aurait été la suite d'un dol pratiqué envers lui.* Ainsi, l'on n'exige pas, comme dans l'art. 1116 à l'égard des contrats en général, que le dol, pour qu'il soit une cause de restitution, ait été pratiqué *par l'une des parties.* La disposition est absolue, sans aucune distinction ni limitation ; et cela devait être, du moment qu'on admettait la rétractation de l'acceptation d'une hérédité pour cette cause.

En effet, on conçoit que la loi, dans les contrats en général, ait exigé que le dol eût été commis par la partie au profit de laquelle l'engagement a été contracté, pour qu'il fût une cause d'annulation de cet engagement, quoique, quand il s'agit de violence, il est indifférent qu'elle ait été exercée par un tiers ou par la partie elle-même, si d'ailleurs elle a les caractères voulus par la loi pour pouvoir vicier le contrat : c'est la faute de celui qui s'est laissé tromper par le tiers, de lui avoir mal à propos accordé sa confiance, et la loi a assez fait pour lui en lui donnant une action en dommages-intérêts contre celui qui l'a trompé, sans annuler encore le contrat de la partie qui n'a point participé au dol ; tandis que lorsqu'il s'agit de violence, il n'y a aucune faute à imputer à celui qui en a été victime, et son engagement doit être rescindé, puisqu'il n'a donné qu'un consentement apparent.

Mais une acceptation de succession qui n'a été que la suite d'un dol pratiqué envers l'héritier doit se régir par d'autres règles : par qui que ce soit que ce dol ait été pratiqué, l'acceptation est nécessairement vicieuse ; le consentement de l'héritier à devenir héritier n'existe point, du moins il n'existe pas tel que la loi le voulait, libre et pur : or, c'est cependant de ce consentement que les créanciers et les légataires veulent inférer l'obligation de l'héritier envers eux, puisqu'ils n'ont pas spécialement contracté avec lui.

Autre chose est donc un débiteur trompé par un tiers, et qui demande à celui avec lequel il a fait un contrat, l'annulation de ce contrat, et un héritier qui, dans le même cas, demande simplement que l'on considère comme nul, à cause du vice dont il est infecté, l'acte duquel on veut inférer qu'il est devenu irrévocablement héritier.

Dans le premier cas, celui qui se plaint du dol voudrait anéantir un contrat qu'a formé l'autre partie, à laquelle il n'y a rien à reprocher.

Dans le second, l'héritier ne demande rien autre chose, si ce n'est que l'on considère comme non avenu ce qu'il n'a fait que par suite des manœuvres pratiquées pour le tromper et lui nuire ; il ne demande pas l'annulation d'un contrat fait de bonne foi par un autre : il demande uniquement que les créanciers et les légataires de la succession se considèrent, à son égard, comme étant dans la même position qu'avant l'acte duquel ils veulent inférer l'acceptation de l'hérédité ; ce n'est point leur ouvrage personnel qu'il attaque, c'est uniquement le sien, et auquel ils n'ont point eux-mêmes concouru : ce qu'il prétend, c'est que cet acte n'ait pas pour lui les effets, qu'il ne produise pas les conséquences d'une acceptation libre et volontaire, puisqu'il n'est pas le résultat d'une volonté libre et spontanée. Les deux cas sont donc bien différents.

455. Tout ce qu'on pourrait dire, et par application de l'art. 1116, c'est que si l'acte duquel est résultée l'acceptation, par exemple, un acte de novation, de délégation, etc., et qui a été la suite du dol d'un tiers, a eu lieu avec l'un ou plusieurs des créanciers ou des légataires de la

ment dans le cas prévu à cet article 1116, attendu que le quasi-contrat formé par l'héritier avec les créanciers et les légataires a été la suite du dol ou des manœuvres pratiquées par *l'une des parties* avec lesquelles ce quasi-contrat a eu lieu, et que ce même article n'exige pas, pour que la nullité de l'engagement puisse être demandée, que le dol ait été pratiqué par toutes les parties, mais par l'une d'elles.

Nous ne pouvons nous rendre à cette interprétation. Cet article porte : « Le dol est une cause de nullité de la *convention* lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, *l'autre partie* n'aurait pas *contracté.* »

Ainsi, 1° il s'agit ici de *convention*, de *contrat*, tandis que l'acceptation d'une hérédité ne peut être regardée que comme un quasi-contrat : c'est un fait purement volontaire de l'homme, un fait licite, dont il résulte un engagement envers des tiers, et voilà tout, ce qui démontre que l'article 1116 n'a point été fait pour ces sortes d'engagements ; 2° ces mots, *l'autre partie*, mis par opposition à ceux-ci, *l'une d'elles*, font voir que le législateur statue dans la supposition que c'est celui ou ceux qui réclament l'exécution de la convention qui ont commis le dol : aussi ne se sert-il pas du mot *personne*, mais bien de celui de *partie.*

succession, sans qu'ils aient été complices du dol, cet acte est obligatoire pour l'héritier et à leur profit, mais sans que pour cela les autres créanciers ou légataires qui y sont étrangers, et qui ne l'invoquent que dans ses conséquences, comme acceptation d'hérédité, puissent prétendre que l'héritier, qui ne l'a consenti que par suite d'un dol, n'a pas le droit de le faire considérer maintenant comme non avenu sous ce rapport. Il y aurait alors à examiner si le principe de l'indivisibilité de qualité dans l'héritier est tellement absolu qu'il ne fléchît jamais, et cet examen, dans l'espèce, ne serait pas défavorable à l'héritier; car il est bien certain, ainsi que nous aurons occasion de le démontrer dans la suite, notamment en expliquant l'art. 800, que, de ce qu'un habile à succéder aurait été condamné comme héritier pur et simple, par un jugement en dernier ressort, par exemple, par un jugement de juge de paix, qui prononce en dernier ressort jusqu'à concurrence de 50 fr., il ne s'ensuivrait pas qu'il fût irrévocablement héritier par rapport à un autre créancier ou légataire, et même par rapport à un autre objet que celui qui a été la matière du procès, l'autorité de la chose jugée n'ayant de force qu'entre les parties, et uniquement en ce qui concerne l'objet du jugement (art. 1351) (1) : hors de là, le jugement ne peut être invoqué, parce que *res inter alios judicata, aliis nec nocet nec prodest*. Il pourrait donc fort bien se faire, d'après cela, que l'héritier, par l'effet du jugement rendu contre lui, fût réputé héritier vis-à-vis de celui qui l'a obtenu, sans cependant qu'il fût tel par rapport à tout autre, ou par rapport à tout autre objet. Et par la même raison, il n'y aurait pas d'empêchement à ce que celui qui se serait spécialement obligé envers tel ou tel créancier ou légataire de la succession, dans un acte consenti par suite du dol d'un tiers, fût irrévocablement tenu de l'exécution de cet acte, et néanmoins qu'il fût en droit de se faire relever de son acceptation par rapport à tout autre créancier ou légataire, bien mieux, par rapport à celui-là même envers lequel il s'est spécialement obligé, mais pour tout autre objet que celui qui a fait la matière de l'acte dont il s'agit; sauf ensuite, s'il était tenu de l'exécuter, son recours contre ceux qui prendraient l'hérédité à son défaut, et jusqu'à concurrence de ce dont elle aurait profité par suite de cet acte.

Cependant tel n'est même pas notre avis : nous croyons que, lors même qu'on devrait décider que l'héritier ne peut, dans ce cas, se faire relever du chef du dol, il le peut du moins pour fausse cause de son obligation envers ce créancier ou ce légataire ; car il n'a fait la novation, la délégation ou autre acte, qu'en considération de sa qualité d'héritier, mais qualité qu'il ne prenait que par suite du dol pratiqué envers lui pour l'amener à accepter, et qui est la cause réelle de son acceptation. Son engagement n'a donc point de cause véritable; celle qu'il a n'est que le résultat d'une erreur, par conséquent elle est fausse : or tout engagement sur une fausse cause est sujet à annulation. (Art. 1131) (2).

Ce qui n'empêcherait toutefois pas, selon nous, que les actes ainsi faits de bonne foi par les créanciers ne dussent être exécutés par ceux qui prendraient la succession, ainsi que le décidait le droit romain à l'égard des actes qui avaient été faits de bonne foi avec un pupille dûment autorisé de son tuteur, et qui avait ensuite obtenu, nonobstant son immixtion, la faculté de s'abstenir (3).

456. Le second cas, où l'héritier qui a accepté peut réclamer contre son acceptation, c'est, dit l'article que nous analysons, la découverte d'un testament inconnu au moment de l'acceptation, et qui absorberait ou diminuerait de plus de moitié la succession : dans ce cas, il peut réclamer sous *prétexte* (c'est-à-dire pour cause) de lésion. Et comme ce n'est que pour ce motif, ainsi que la rédaction de l'article l'indique clairement, il s'ensuit qu'il ne doit être relevé des effets de son acceptation que par rapport à ce qui lui cause cette lésion, c'est-à-dire par rapport aux dispositions de ce testament inconnu, qui, en laissant les dettes à sa charge, parce qu'il est obligé envers les créanciers par son acceptation, lui enlèverait néanmoins les biens, ou du moins en grande partie. C'est, au surplus, ce qui sera mieux compris par le développement de ce point, assez difficile d'ailleurs.

(1) Code de Hollande, art. 1954.
(2) Ibid., art. 1371.

(3) L. 44, ff. *de Acquir. vel omitt. hered.*; L. 6, §§ 1 et 2, ff. *de Rebus auct. jud. poss.*

On ne parle pas ici de l'*erreur*, parce qu'elle se confond avec la lésion. Elle ne peut, en effet, être autre chose qu'une fausse appréciation de la bonté de l'hérédité, et la loi n'a voulu qu'elle fût un motif pour l'héritier, de réclamer, que dans le cas où il ne lui a pas été possible de connaître l'existence du fait qui devait rendre son droit sans utilité réelle pour lui, et même tout à fait désavantageux.

457. Avant de nous expliquer sur cette cause de réclamation, introduite par le Code civil dans la législation, et qu'invoquera rarement l'héritier, lors même qu'un testament viendrait en effet à être découvert depuis l'acceptation, et que ce testament contiendrait des dispositions importantes, nous ferons observer que ce serait à lui de prouver qu'il en ignorait l'existence. C'est bien là, si l'on veut, un fait négatif; mais comme il peut facilement se transformer en affirmation d'un fait positif contraire, la découverte du testament à telle époque, dans telle circonstance, ce fait tombe très-bien en preuve. Il n'y a donc pas de raison de s'écarter des règles ordinaires, suivant lesquelles tout demandeur doit justifier du fait sur lequel il fonde sa demande. Il en doit être de ce cas comme de celui où l'héritier veut être relevé de son acceptation pour cause de dol.

458. Dans le droit romain (1), le préteur restituait contre leur acceptation, les mineurs de vingt-cinq ans qui avaient témérairement accepté une hérédité désavantageuse; et l'empereur Adrien releva même, par un décret, un majeur de vingt-cinq ans, à raison de dettes considérables et inconnues au moment de l'acceptation. Il paraît que cette décision, rendue d'abord sur un cas particulier, et en faveur spécialement d'un individu, fut ensuite étendue à tous ceux qui se trouvaient dans un cas semblable; car Gordien décida ensuite que les militaires seulement jouiraient de ce bénéfice, ce qui fait bien supposer que jusqu'alors d'autres avaient pu l'invoquer. Quoi qu'il en soit, Justinien a même voulu que, bien que les militaires eussent négligé de faire l'*inventaire*, dont il a introduit le bénéfice (2), afin, dit-il, que l'héritier puisse accepter sans crainte, parce qu'il ne sera, au moyen de cet inventaire, jamais tenu au delà des forces de l'hérédité; Justinien, disons-nous, a voulu que les militaires ne pussent jamais être poursuivis sur leurs propres biens, même par les créanciers (3).

Quant à la découverte d'un codicille, qui aurait grevé de legs ou fidéicommis plus ou moins considérables l'héritier testamentaire ou *ab intestat* qui avait déjà accepté la succession, elle n'était, dans aucun cas, une cause de rescision de l'acceptation, par la raison toute simple que ce codicille pouvait bien, il est vrai, priver l'héritier d'une partie des avantages auxquels il s'attendait, mais non lui faire perdre quelque chose de ses propres biens, parce que le défunt n'avait pu le grever au delà de ce dont il était honoré. Il avait même, en vertu de la loi *Falcidia* (4), le droit de faire une retenue sur les legs et les fidéicommis lorsqu'ils excédaient les trois quarts de l'hérédité, ou même simplement les trois quarts de sa part héréditaire : c'est ce qu'on appelait *la quarte falcidie*.

Justinien, avons-nous dit, a imaginé le bénéfice d'inventaire pour rendre en quelque sorte superflu le *jus deliberandi*, qui était un espace de temps accordé par le préteur à l'héritier, pour voir s'il lui convenait ou non d'accepter l'hérédité; ce qui ne l'a toutefois pas empêché de le conserver pour ceux qui le préféreraient à la charge de faire l'inventaire, sinon prescrit, du moins fortement conseillé par cet empereur.

Par cette institution, il a entendu laisser les majeurs non militaires exposés à toutes les suites d'une acceptation téméraire qu'ils auraient faite, au lieu d'user du moyen qu'il leur a offert.

Il les a même privés du bénéfice de la quarte falcidie (5).

Enfin, postérieurement, il a décidé (6) que l'héritier qui n'aurait pas fait l'inventaire, et avec toutes les formalités tracées à cet effet, serait même tenu des legs *ultra vires*, dérogeant ainsi au principe, que l'héritier ne peut être plus grevé qu'il n'est honoré (7).

(1) *Voyez* le § 5, INSTIT., *de Hered. qualit. et diff.*
(2) Par la L. *Scimus*, au Code, *de Jure deliberandi*.
(3) *Ibid.*
(4) Ce n'était toutefois qu'un *plébiscite*.
(5) § pénult. de la même loi *Scimus*.
(6) Par sa Novelle I, chap. II.
(7) Nous avons toutefois entendu contester que Justinien eût décidé par sa Novelle, que l'héritier qui n'aurait pas fait inven-

Et ces décisions de Justinien étaient assez généralement suivies dans nos pays de droit écrit, du moins par la plupart des parlements dans le ressort desquels il était observé.

Néanmoins, on a quelquefois relevé l'héritier pour dettes considérables, dont il ne pouvait, d'après les circonstances, soupçonner l'existence au moment de son acceptation ; et plus souvent encore on l'a dispensé de payer les legs au delà de l'actif net de l'hérédité, quoiqu'il n'eût pas fait d'inventaire, pourvu d'ailleurs qu'il n'eût pas encore confondu dans son patrimoine, l'argent, les denrées et les autres effets mobiliers de la succession.

Ces notions, comme on va le voir, ne seront point sans utilité pour l'intelligence de notre article 783, dans la disposition que nous expliquons maintenant.

459. C'est parce qu'on ne les avait pas tout à fait perdues de vue, que l'on proposa au conseil d'État, lors de la discussion élevée sur cet article, d'affranchir l'héritier des suites de son acceptation pour cause de *dettes* considérables et inconnues au moment où elle avait eu lieu ; c'était, comme on le voit, le rétablissement des décisions d'Adrien et de Gordien, toutefois avec cette importante différence, qu'au lieu d'être un privilége, c'eût été le droit commun.

Mais la proposition fut rejetée, sur le motif que cela donnerait lieu à des difficultés, à des procès difficiles à juger en point de fait ; que d'ailleurs l'héritier qui a des craintes peut accepter sous bénéfice d'inventaire ; que s'il ne le fait pas, il doit s'imputer son imprudence et le tort qu'elle peut lui causer.

Mais, d'abord, ce dernier motif pouvant tout aussi bien s'appliquer au cas de la découverte d'un testament qu'à celui de la découverte de dettes, ne prouve rien contre la justesse de la proposition, précisément parce que ce motif serait destructif de celui qui a fait admettre que l'héritier pourrait réclamer dans le premier de ces cas.

En outre, que l'on dise tant que l'on voudra qu'un héritier est censé connaître, lorsqu'il accepte une succession, quelle était la manière dont le défunt gouvernait ses affaires, sa prudence et son économie, ou sa trop grande propension à la dépense et aux opérations hasardeuses, tandis qu'un testament étant un acte ordinairement secret, l'héritier ne pouvait aisément en avoir connaissance : on répondra que, dans telle ou telle circonstance, l'homme le plus circonspect peut y être trompé ; aucun sujet de crainte a bien pu ne pas se présenter à son esprit, au lieu que la supposition de l'existence d'un testament serait assez naturelle dans les mêmes circonstances, par la raison toute simple que l'on tient plus facilement son testament secret, que l'on ne peut bien souvent tenir ses dettes cachées : ce qui a pu porter l'héritier à penser qu'il pourrait bien y en avoir un, tandis qu'il ne se figurait pas que si le défunt avait eu des dettes considérables, la connaissance, ou du moins le soupçon de ces mêmes dettes, eût pu lui échapper.

Ce ne serait donc pas sans motif que l'on pourrait dire à l'héritier qui allègue la découverte d'un testament, pour en faire le fondement de sa réclamation, ce que l'on a dit au conseil d'État pour faire écarter la proposition relative à la découverte de dettes : c'est votre faute de de n'avoir pas accepté sous bénéfice d'inventaire ; vous pouviez très-bien prévoir qu'il pourrait exister un testament, d'autant mieux qu'il y en a fréquemment, que l'on ne fait pas connaître à ses héritiers pour ne pas perdre leur affection, ni se priver de leurs soins.

Quoi qu'il en soit de ces observations, il est certain que l'apparition de dettes cachées, détachée d'ailleurs de toute circonstance de manœuvres frauduleuses pratiquées envers un héritier pour l'amener à accepter une succession obérée, n'est point aujourd'hui une cause de rescision de l'acceptation de l'hérédité ; et nous allons démontrer que ce ne sera même que bien rarement, que la découverte d'un testament qui diminuerait la succession de plus de moitié donnera lieu à une réclamation de sa part. Mais, pour arriver plus facile-

taire serait tenu des legs *etiam ultra vires ;* on a prétendu qu'il n'avait fait qu'ôter en pareil cas le bénéfice de la falcidie à l'héritier:.. Mais la Novelle, § 2 du chap. II est positive... Pothier l'a entendue ainsi dans son Traité des *Donations entre-vifs*, sect. 3, art. 5, § 7 ; et d'ailleurs Justinien n'aurait rien ajouté par là à sa décision, au sujet de la privation de la falcidie, par la loi *Sancimus :* or, il dit précisément qu'il entend ajouter à ses décisions précédentes.

ment à cette démonstration, il convient d'abord d'établir la proposition suivante.

460. L'héritier qui n'a point été circonvenu par des manœuvres dans son acceptation ne peut pas s'en faire relever vis-à-vis des créanciers, sur le motif de la découverte d'un testament qui lui enlèverait même toute l'hérédité : il ne peut réclamer, pour la lésion qu'il éprouverait, que contre les dispositions qui la lui ferait éprouver, en d'autres termes, contre les légataires seulement (1).

Et, en effet, la découverte d'un testament ne fait rien aux créanciers ; ce testament ne change rien à leurs droits. Ils doivent toujours être payés avant les légataires, parce que *nemo liberalis, nisi liberatus*, à tel point que, dans le cas où la succession eût été acceptée sous bénéfice d'inventaire, si des légataires avaient été payés, les créanciers qui ne s'étaient pas fait connaître par leurs oppositions auraient encore eu, pendant trois ans depuis l'apurement du compte et le payement du reliquat, une action en répétition contre ces mêmes légataires. (Art. 809.)

D'après cela, comment l'héritier pourrait-il se prétendre dégagé envers eux des suites de son acceptation, qui a été libre et volontaire, comme on le suppose? Dans ce sysème, le testament pourrait être pour lui une bonne fortune, quoique ses dispositions s'élevassent bien au delà de la moitié de la succession, et même de la succession entière, ce qui serait absurde.

Car, que l'on suppose une hérédité ayant pour 100,000 fr. de biens, mais pour 200,000 fr. de dettes, et cela se voit tous les jours ; un testament inconnu se découvre, il renferme pour soixante, quatre-vingt, cent mille francs de legs : il est clair que si l'héritier peut s'en faire le motif d'une action en rescision de son acceptation, même vis-à-vis des créanciers, ce testament est pour lui le moyen de se libérer de 200,000 fr. de dettes, qu'il devait très-légitimement, par l'abandon des seuls biens de la succession, qui ne s'élèvent qu'à 100,000 fr. seulement.

Dans l'état des choses, il ferait un véritable bénéfice, tout comme si un créancier lui faisait remise de sa créance, quand le motif de la loi, en l'autorisant à réclamer, est la lésion que lui ferait éprouver la découverte d'un testament inconnu au moment de son acceptation ; ce qui n'est réellement pas soutenable. Il ne doit donc pouvoir réclamer que contre l'acte qui le léserait, et non à l'égard de dettes qu'il s'était bien librement soumis à payer, puisqu'il n'a pas jugé à propos d'user du bénéfice d'inventaire.

Objecterait-on que le propre des rescisions est de remettre les choses dans leur état primitif; que l'art. 783 établit au profit de l'héritier, dans le cas qu'il prévoit, une sorte de restitution *in integrum?* Nous répondrions que cela est vrai sans doute dans un de ces cas, mais non dans l'autre.

Cela est vrai quand l'acceptation n'a été que le résultat de manœuvres frauduleuses pratiquées contre l'héritier, parce qu'alors étant aussi bien viciée par rapport aux créanciers que par rapport aux légataires, elle doit être rescindée à l'égard de tous.

Au lieu que lorsque l'héritier a accepté librement et sans fraude, il s'est trouvé par cela même valablement engagé envers tous les créanciers (ainsi qu'envers les légataires dont le droit était alors connu) : l'événement postérieur qui l'expose à un préjudice, la découverte d'un testament, étant le seul fait dont il puisse raisonnablement se plaindre, la loi n'a pu vouloir le restituer que contre les conséquences de ce même fait ; ce qui ne donnera pas lieu de dire pour cela que l'on divise ainsi la qualité d'héritier, en scindant les obligations qu'elle comporte, en considérant toujours l'héritier comme tel vis-à-vis des créanciers, et non vis-à-vis des légataires mentionnés dans le testament découvert ; car il est simplement relevé, à l'égard de ces derniers, de l'obligation qu'il avait prise sur lui par son acceptation; mais il ne conserve pas moins sa qualité d'héritier dans son entier. Il était bien de principe aussi dans le droit romain, que l'héritier ne pouvait pas être tel pour partie seulement : de là la règle : *Hereditas adquiri pro parte nequit ;* et néanmoins quand un des héritiers se faisait restituer contre son acceptation, ce qui le faisait regarder comme n'ayant jamais été héritier, par conséquent ce qui faisait aussi considérer, par l'effet du droit d'accroissement, qui ne pouvait même être refusé, le cohéritier comme seul héritier ;

(1) C'est aussi l'opinion de M. Delvincourt.

néanmoins, disons-nous, ce cohéritier était admis à abandonner aux créanciers la part du restitué dans les biens, pour se dispenser de payer la part que celui-ci eût eu à supporter dans les dettes (1). Or, l'héritier peut également, si bon lui semble, abandonner aux légataires les biens, ou ce qui en reste, dettes soldées, pour se dispenser de payer leurs legs ; mais quant aux créanciers, il s'était obligé envers eux, et un événement qui leur est tout à fait indifférent, qui est sans aucune influence sur leurs droits, ne doit point le dégager à leur égard.

Que l'on remarque bien d'ailleurs l'économie de la loi : « Le majeur ne peut *attaquer l'acceptation* expresse ou tacite qu'il a faite d'une « succession, que dans le cas où cette acceptation aurait été la suite d'un dol pratiqué envers « lui. »

Ainsi, dans ce cas, c'est bien l'acceptation qu'il attaque; et s'il l'attaque avec succès, comme alors il n'y a plus d'acceptation, il est clair qu'il ne se trouve plus obligé envers personne à raison de cette hérédité. C'est bien une véritable restitution *in integrum*.

« Il ne peut jamais *réclamer sous prétexte de* « *lésion*, excepté seulement dans le cas où la « succession se trouverait absorbée, ou diminuée « de plus de moitié *par la découverte d'un testa-* « *ment inconnu* au moment de l'acceptation. »

Mais réclamer sous prétexte de lésion par suite de la découverte d'un testament inconnu, ce n'est pas évidemment la même chose qu'attaquer l'acceptation ; c'est uniquement réclamer contre l'acte qui fait éprouver cette lésion, par conséquent c'est réclamer contre les légataires au profit desquels il a été fait, et voilà tout; c'est dire à ceux-ci : Si j'avais connu le testament qui vous donne le droit d'agir contre moi au moyen de mon acceptation, je n'aurais pas accepté, et la loi vient me secourir à cause de mon erreur. Mais ce langage ne peut se tenir à des créanciers envers lesquels l'héritier s'est obligé bien librement, et envers lesquels il ne peut alléguer le motif d'erreur, puisque la loi ne l'a point admis.

Qu'importe, après cela, que, *hereditas adquiri pro parte nequit* (2) ? L'héritier, encore une fois, n'acquiert pas pour cela l'hérédité pour partie ; il n'est pas seulement héritier vis-à-vis des créanciers, et non vis-à-vis des légataires du testament découvert ; seulement la loi, par des raisons d'équité, le relève de son obligation envers ceux-ci. Tel est, nous le croyons, le véritable sens de cette disposition de notre article 783.

Mais précisément parce qu'il se trouve encore obligé envers les créanciers, il ne peut être forcé d'abandonner les biens aux légataires tant que les premiers ne seront pas intégralement payés avec le produit de ces mêmes biens. Les legs seraient d'ailleurs sans effet, si les dettes surpassaient l'actif, comme nous l'avons supposé dans l'espèce donnée d'abord comme exemple.

461. Cela posé, il est évident que l'héritier n'a aucune réclamation à élever au sujet de la découverte d'un testament qui lui enlèverait toute l'hérédité par un legs universel, et cela, soit que les dettes s'élevassent au delà des forces de la succession, soit qu'elles fussent bien au-dessous.

En effet, dans la première hypothèse, le legs étant réduit à rien, le légataire n'en voudra pas, et alors c'est, du moins sous le rapport de ce legs, comme si le testament n'existait pas. Il ne peut même pas y avoir de difficulté réelle entre lui et l'héritier ; car s'il veut invoquer le legs et la remise des biens, l'héritier lui dira de payer au préalable les dettes, puisque le légataire universel doit les acquitter, d'après la règle : *Bona non intelliguntur, nisi ære alieno deducto*. Que si ce légataire prétendait ne devoir les acquitter que jusqu'à concurrence de l'actif, usant à cet égard des effets du bénéfice d'inventaire (3), l'héritier serait toujours bien fondé, quoiqu'il ne lui fût pas dû de réserve, et qu'en pareil cas le légataire universel soit saisi (art. 1006), à ne lui point relâcher la possession des biens tant qu'il ne serait point déchargé des obligations qu'il a contractées envers les créanciers par son acceptation (4).

(1) L. 61, ff. *de Acquir. vel omitt. hered.*, à laquelle n'est pas contraire la L. 98 au même titre.

(2) *Tam passive, quam active.*

(3) Et nous croyons bien qu'il en aurait le droit : l'acceptation de l'héritier n'a pas pu le lui ravir.

(4) Du moins tant que lui, légataire, ne rapporterait pas à l'héritier sa décharge d'autant de dettes qu'il y a de biens dans la succession Ce serait une liquidation à faire entre eux. Mais pour cela il faut supposer, puisque, en fait, les dettes surpassent l'actif, que le légataire universel tient à avoir les biens, et

Si les dettes ne s'élevaient pas à la totalité des biens, le legs universel ne nuirait à l'héritier qu'en ce sens, qu'il lui enlèverait le surplus de ce qui serait resté, dettes payées; mais il ne lui ferait éprouver aucun préjudice dans ses propres biens, puisque le légataire serait tenu de payer toutes ces dettes. Il serait même également tenu de payer les legs particuliers laissés par le testament dans lequel il a été institué, et même par d'autres testaments déjà connus, du moins jusqu'à concurrence des forces de la succession; ce qui empêcherait pareillement l'héritier, dans l'état des choses, d'éprouver d'autre perte que la privation des avantages qu'il eût pu avoir sans le testament découvert.

Ces observations sont également applicables au cas où ce testament contiendrait des legs à titre universel, par exemple, des trois quarts de la succession; car le légataire à titre universel contribue au payement des dettes en proportion de la part qui lui a été attribuée (art. 1012). En sorte que, lors même que ces legs seraient des dix-neuf vingtièmes de l'hérédité, l'héritier n'aurait encore point d'intérêt à réclamer au sujet de la découverte du testament, quoique l'art. 783, en ne faisant aucune distinction entre les diverses espèces de legs qui peuvent avoir lieu, semble lui en supposer un quand les dispositions de ce testament lui enlèvent plus de la moitié de l'hérédité, puisque, dans ce cas, il lui donne formellement le droit de réclamer.

En effet, admettons une succession ayant un actif de 100,000 fr. et un passif de 80,000 fr., ou de 120,000 fr., n'importe, et un legs à titre universel des trois quarts de l'hérédité.

Dans l'hypothèse où il n'y aurait que 80,000 fr. de dettes, il resterait encore 20,000 fr. de biens libres, dont par conséquent l'héritier, que nous supposons toujours quant à présent non réservataire, conserverait encore le quart, 5,000 fr., ce qui lui ôterait, comme de raison, toute envie de réclamer.

Dans l'hypothèse de 120,000 fr. de dettes, le legs des trois quarts des biens enlevant 75,000 fr. de l'actif à l'héritier, soumettrait le légataire à payer à tout le moins 75,000 fr. de dettes.

Nous n'avons pas même besoin, pour le décider ainsi, d'agiter la question de savoir si le légataire à titre universel n'est, de plein droit, et quoiqu'il n'ait pas *déclaré*, en acceptant, n'accepter que sous bénéfice d'inventaire, tenu des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument (1); car précisément son émolument est de 75,000 fr. dans l'espèce. Le testament découvert ne causerait donc encore, en réalité, aucun préjudice à l'héritier.

Et en admettant même qu'il contînt en outre des legs à titre particulier, par exemple, pour 15,000 fr., nous ne voyons pas encore comment il pourrait faire éprouver un préjudice à l'héritier dans ses propres biens, puisque le légataire à titre universel, même d'une portion de la simple quotité disponible, contribue aussi au payement des legs à titre particulier (art. 1013) : par conséquent il contribuerait au payement de ces legs pour les trois quarts; et si, dans cette espèce, les dettes ne s'élevaient qu'à 80,000 fr., il resterait encore à l'héritier le quart de 5,000 fr., ou 1,250 fr.; si elles dépassaient l'actif de l'hérédité, les dispositions testamentaires demeureraient sans effet, sur sa réclamation.

Enfin, supposons que le testament découvert ne contienne que des legs à titre particulier. Sur ce cas il y a une première question à se faire. Doit-on, pour juger si le testament diminue de plus de moitié la succession, et en conséquence pour savoir si l'héritier est autorisé à *réclamer sous prétexte de lésion*, défalquer préalablement les dettes, d'après la règle : *Bona non intelliguntur, nisi ære alieno deducto?*

Non, certainement; car autrement à quoi bon aurait-on fixé la quotité de plus de moitié comme étant le *minimum* du préjudice à raison duquel il pourrait réclamer? Et, en effet, ainsi qu'on vient de le voir, ce n'est pas dans le cas où le testament contiendrait un legs universel, ou des legs

que l'héritier, de son côté, n'exige pas qu'ils soient vendus, pour que leur produit serve d'abord à l'acquittement des dettes. Quant au surplus, il resterait à sa charge personnelle, et non à celle du légataire universel, qui n'a point voulu être privé des avantages de l'acceptation bénéficiaire, et qui n'a pas dû, en effet, en être privé.

(1) Question qui sera discutée plus tard, et dont la solution négative serait encore favorable à l'héritier, et lui donnerait lieu de s'applaudir de la découverte du testament, loin de pouvoir se plaindre qu'elle lui fait éprouver une lésion, puisque le légataire payant les trois quarts de toutes les dettes, c'est-à-dire, 90,000 fr., il déchargerait ainsi l'héritier de 15,000 fr. sur les 20,000 que celui-ci devait perdre en définitive.

à titre universel, qu'il causerait à l'héritier un préjudice dans ses propres biens ; ce ne serait pas non plus dans le cas où il contiendrait des legs particuliers qui, réunis aux dettes, n'atteindraient point l'actif de l'hérédité ; ni enfin dans celui où il renfermerait des dispositions particulières qui s'élèveraient même aux dix-neuf vingtièmes de la succession, s'il n'y avait pas de dettes, puisque, dans ces deux dernières hypothèses, il y aurait encore un bénéfice quelconque pour l'héritier. Or une loi qui ouvrirait une réclamation dont on n'aurait point intérêt à faire usage, bien mieux, quand il existerait un intérêt tout contraire, serait une loi insignifiante, et même absurde.

Ainsi, en supposant une succession de 100,000 fr. d'actif, et de 60,000 fr. de passif, il est évident, si l'on déduit d'abord les dettes, que, lors même que le testament porterait pour 39,000 fr. de legs à titre particulier, par conséquent bien au delà de la moitié de l'hérédité entendue de la sorte, l'héritier aurait encore intérêt à exécuter le testament plutôt que d'abandonner aux légataires les 40,000 fr. qui resteraient de biens après les dettes payées, puisqu'il perdrait de cette manière 1,000 fr. Ce n'est donc point ce que la loi a pu avoir en vue, en lui donnant le droit de réclamer pour cause de lésion.

Au lieu qu'en ne déduisant pas les 60,000 fr. de dettes, on sent très-bien l'intérêt qu'aurait l'héritier à être admis à réclamer, dans le cas où les legs et les dettes combinées excéderaient l'actif, quoique les premiers ne fussent pas de la moitié de cet actif. Par exemple, si, dans cette succession de 100,000 fr., il y a 80,000 fr. de biens, de dettes, et 30,000 fr. de legs, il est clair, en admettant pour le moment, ce que nous allons au surplus examiner, que l'héritier qui n'a point déclaré accepter bénéficiairement, est tenu des legs, comme des dettes, *etiam ultra vires,* bien qu'il eût fait d'ailleurs inventaire ; il est clair, disons-nous, que l'héritier aurait intérêt à réclamer contre le testament, quoiqu'il ne lui enlevât point la moitié des biens dont se compose l'hérédité. Mais il n'en a pas le droit ; il eût fallu pour cela que ce testament eût contenu des dispositions dont la valeur eût dépassé, de quelque faible quotité que c'eût été, il est vrai, mais eût dépassé la moitié de ces mêmes biens. Toute lésion quelconque n'a pas paru suffisante au législateur ; il n'a eu égard qu'à celle qui résulterait de la découverte d'un testament inconnu absorbant ou diminuant de plus de moitié l'hérédité.

C'est donc avec raison que nous avons dit, en commençant ces explications, que la découverte d'un testament, quelles que soient les dispositions qu'il renferme, ne donnera lieu à l'héritier de réclamer que dans un bien petit nombre de cas pour motif de lésion.

462. Mais il nous paraît résulter de cette disposition de l'article 783 un effet bien autrement important, et qui eût mérité assurément d'être l'objet d'une décision spéciale et formelle ; nous voulons parler de l'obligation de l'héritier qui a accepté purement et simplement, d'acquitter tous les legs, ainsi que les dettes, même *ultra vires* (1), quoiqu'il n'eût point confondu les objets de l'hérédité dans ses biens propres, ou qu'il ne les y eût mêlés que d'après un inventaire exact.

En effet, l'héritier ne pouvant réclamer pour cause de lésion qu'autant qu'un testament inconnu lui enlève plus de la moitié de l'hérédité, il résulte évidemment de là deux choses :

La première, c'est qu'il ne peut réclamer lorsque ce testament ne lui enlève pas plus de la moitié de la succession, quelque préjudice qu'il pût d'ailleurs lui causer.

La seconde, c'est que, quand bien même un testament enlèverait à l'héritier toute la succession par des dispositions particulières (2), si ce testament ne lui était point inconnu au moment de l'acceptation, il n'en pourrait faire le motif d'une réclamation.

D'après cela, il reste avec sa qualité et toutes

(1) M. Delvincourt pense comme nous, qu'il résulte de cet art. 783, que l'héritier qui a accepté purement et simplement est tenu, *ultra vires*, des legs comme des dettes, s'il n'est pas dans un des cas où la loi vient à son secours.

(2) Nous disons *particulières*, parce que, ainsi qu'on vient de l'expliquer, les dispositions universelles, ou à titre universel, emportent obligation de payer les dettes et les legs à titre particulier, du moins jusqu'à due concurrence de la force des institutions ; et d'ailleurs elles ne s'étendent point au delà de ce qui est réellement contenu dans l'hérédité, ce qui fait qu'elles sont sans danger pour l'héritier légitime qui a accepté purement et simplement : elles peuvent bien lui enlever le bénéfice, mais non lui faire perdre quelque chose de ses propres biens, à la différence des legs de sommes, de quantités ou de choses qui consisteraient *in genere;* car les objets de tels legs ne sont pas plus dans la succession qu'ailleurs.

les conséquences qui y sont attachées : or ces conséquences sont l'obligation d'acquitter *toutes les charges de la succession* (art. 724) (1), du moins dans la proportion de sa part héréditaire, s'il a des cohéritiers (art. 870, 1220) (2), et les legs sont au nombre de ces charges.

Objecterait-on que l'on ne doit considérer comme charges de l'hérédité que les seuls legs que le défunt a pu laisser, et qu'il n'a pu en laisser valablement au delà de la valeur de son patrimoine, dettes déduites? Mais on répondrait que s'il en était ainsi, l'art. 783, dans la disposition que nous venons d'expliquer, n'aurait aucun sens; car, à quoi bon accorderait-on à l'héritier le droit de réclamer pour cause de lésion, par suite de la découverte d'un testament qui lui enlèverait plus de moitié de la succession, si ce testament ne devait lui causer aucune lésion? Or, il ne lui en causerait aucune dans ce système; il ne pourrait même avoir d'autre effet, sous ce rapport, que de lui fournir un *prétexte* pour se faire relever de son acceptation à l'égard des créanciers, auxquels cet acte est et doit être totalement indifférent, ce qui, ainsi que nous l'avons démontré, serait absurde.

Il faut, au contraire, pour que cet article ne soit pas une disposition insignifiante, un hors-d'œuvre dans la loi, nécessairement supposer que, par la découverte de ce testament, l'héritier est exposé à un préjudice, non pas à celui qui consisterait uniquement dans la privation de tout ou partie des biens, après les dettes payées, ou au moins déduites, car l'héritier ne manquerait ainsi que de gagner; et il ne s'agit pas ici de dommages-intérêts, qui se composent, il est vrai, en général, du *lucrum cessans*, comme du *damnum immergens*, mais bien du préjudice qui consisterait dans l'obligation de payer les legs contenus dans ce testament, quoique les biens, après la défalcation des dettes, s'il y en avait, fussent insuffisants pour cela. La chose ne peut pas être entendue autrement pour que la loi ait un sens raisonnable. Donc, si l'héritier ne peut éviter ce préjudice qu'autant qu'il est dans l'un des cas où il a droit de réclamer, et qu'il réclame en effet pour la lésion qu'il éprouve, dans les autres cas il est obligé de subir toutes les conséquences de son acceptation.

Et, nonobstant le principe que l'héritier ne doit pas être plus grevé qu'il n'est honoré, Justinien avait bien fini par décider que, s'il négligeait de faire l'inventaire, avec toutes les formalités prescrites à cet effet, il serait tenu des legs *etiam ultra vires;* et l'on suivait généralement sa décision dans nos pays de droit écrit. Il est vrai que nous supposons même que l'héritier a fait inventaire, ou du moins qu'il n'a nullement confondu les effets de la succession avec ses biens propres; mais nous n'en sommes pas moins conséquent dans notre opinion, puisque ce qui, dans notre droit actuel, rend l'héritier héritier bénéficiaire, ce n'est pas seulement l'inventaire, comme sous Justinien, c'est la déclaration de n'accepter que sous bénéfice d'inventaire, en se conformant d'ailleurs aux conditions prescrites par le Code à cet effet; ce qui revient à ceci : Sous Justinien, l'héritier qui n'usait point du bénéfice d'inventaire, pour n'avoir point fait l'inventaire, était tenu des legs *etiam ultra vires;* sous le Code, et sauf le cas où il peut réclamer pour cause de lésion par suite de la découverte d'un testament qui lui enlèverait plus de la moitié de la succession, cet héritier qui, en acceptant, n'a point fait usage du bénéfice d'inventaire, pour n'avoir pas fait la déclaration prescrite par la loi, est également tenu des legs *ultra vires*. Sous ce point de vue, il y a parité absolue; la différence ne consiste que dans les conditions requises par l'une ou l'autre législation pour l'acceptation bénéficiaire.

463. Mais on ne peut toutefois appliquer cette décision au cas où l'héritier qui a accepté serait du nombre de ceux qui ont droit à une réserve; car le défunt eût-il disposé d'une manière immodérée, le réservataire ayant, aux termes de l'article 921 (3), le droit de demander sa réserve, même par voie d'action contre les donataires entre-vifs, s'il y avait lieu, et à plus forte raison celui de la retenir par ses mains vis-à-vis des légataires, qui doivent même s'adresser à lui pour obtenir la délivrance de leurs legs, il est clair que ces mêmes légataires, qui ne peuvent rien exiger au delà de

(1) Code de Hollande, art. 880.
(2) Ibid., art. 1146 et 1335.
(3) Code de Hollande, art. 967, § 2.

la simple quotité disponible, peuvent encore moins, s'il est possible, prétendre au delà des forces de la succession elle-même, dont elle est une partie, et une partie toutes dettes déduites. (Article 922) (1).

Il est certain, d'une part, que pour avoir droit à la réserve, il faut être héritier ; la jurisprudence de la cour de cassation ne permet plus le doute à cet égard ; et, d'autre part, aucune disposition du Code ne prescrit à celui à qui elle est due de n'accepter, pour l'avoir, que sous bénéfice d'inventaire (2), lorsque le défunt a disposé au delà de la quotité disponible, ou même au delà des forces de toute l'hérédité. Il doit seulement ne pas confondre les effets de la succession, par exemple, l'argent comptant, les denrées ou les autres objets mobiliers, avec ses propres biens; mais cette confusion ne résulte pas nécessairement de l'acceptation expresse ou tacite de l'hérédité.

Le réservataire a donc bien pu se porter héritier pur et simple, s'il a voulu s'exposer à payer les dettes *etiam ultra vires;* mais il n'est point pour cela privé de sa réserve, et par conséquent du droit de faire réduire toutes dispositions quelconques qui excéderaient la quotité disponible, en se conformant, à cet égard, à l'ordre tracé par la loi. C'est qu'en effet les legs et les dettes sont des choses bien différentes.

Nous ne nous dissimulons pas, au surplus, ce que paraît, au premier coup d'œil, avoir d'extraordinaire la diversité de nos décisions sur ce cas, où l'héritier est du nombre de ceux au profit desquels la loi a établi une réserve, et le cas contraire ; mais si l'on y réfléchit, l'on demeurera convaincu qu'il n'y a point d'inconséquence dans ces décisions si différentes, tout en restant persuadé qu'en rédigeant ainsi l'article 783, les auteurs du Code ne songeaient probablement pas à cette disparité de position entre les divers héritiers légitimes qui ont accepté la succession purement et simplement, vis-à-vis des légataires dont les legs excéderaient la masse des biens, toutes dettes déduites.

Mais cette différence, disons-nous, résulte nécessairement de ce que, d'une part, d'après cet art. 783, à la disposition duquel, certes, nous sommes loin d'applaudir, l'héritier est tenu des legs à titre particulier, comme des dettes, même *ultra vires,* s'il ne peut se faire relever de son acceptation pour cause de dol ou de violence, ou du moins réclamer pour cause de lésion, et contre les légataires seulement, par suite de la découverte d'un testament inconnu au moment où il a accepté ; tandis que, d'autre part, l'héritier réservataire a un droit particulier, celui de demander la réduction de toutes les dispositions qui excèdent la quotité dont le défunt a pu disposer, droit qu'il peut exercer, quoiqu'il ait accepté purement et simplement, comme lorsqu'il a accepté sous bénéfice d'inventaire, puisque la loi ne distingue pas, et ne devait pas en effet distinguer.

464. Nous avons dit que, suivant le droit romain, lorsqu'un héritier avait obtenu la rescision de son acceptation, son cohéritier pouvait, pour se dispenser de payer sa part dans les dettes, et qui avait par conséquent accru à la sienne, abandonner celle qu'il avait dans les biens : il avait l'option (3).

Et il ne paraît pas que l'on fît à cet égard une différence entre le cas où ce cohéritier avait accepté avant le restitué, et le cas contraire. Mais, selon l'opinion de plusieurs des auteurs (4) qui ont écrit sur le Code civil, cette distinction mériterait d'être faite.

Ainsi, disent-ils, si le cohéritier avait déjà accepté au moment où a accepté celui qui s'est ensuite fait relever, il n'a pas l'option que déférait le droit romain; l'accroissement s'est opéré à son égard, aussi bien passivement qu'activement, c'est-à-dire avec toutes ses conséquences, et

(1) Code de Hollande, art. 968.

(2) C'est aussi la remarque que fait M. Delvincourt; seulement cet auteur pense, contrairement à l'opinion de Ricard (*des Donations*, part. III, nos 994 et suiv.), que le réservataire est tenu de faire inventaire, parce qu'il est obligé, dit il, pour faire réduire les libéralités, de prouver qu'il n'a pas trouvé dans la succession de quoi compléter sa réserve, et que cette preuve ne peut se faire que par un inventaire.

Mais nous répondons à cela, que tant que l'héritier réservataire n'a pas confondu les objets de l'hérédité dans son patrimoine, comme on le suppose, il est encore à même de faire constater les forces de la succession, quoiqu'il ait déjà accepté depuis plus ou moins de temps.

(3) Il est vrai que les lois romaines statuent à cet égard par rapport à un mineur qui a obtenu pour cause de minorité la rescision de son acceptation; mais la raison est absolument la même quand il s'agit d'un majeur qui a été relevé de la sienne pour une des causes exprimées par la loi.

(4) Notamment de MM. Delvincourt et Chabot.

même malgré lui, parce qu'il s'opère, soit que l'héritier le veuille, soit qu'il ne le veuille pas : c'est un des effets attachés à la qualité d'héritier (art. 786) (1), puisque celui qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier (Art. 785.)

Mais si le cohéritier, ajoutent-ils, n'a accepté que postérieurement à celui qui s'est fait relever, ou s'il a accepté simultanément avec lui, par exemple, en vendant conjointement un bien de la succession (2), comme ce cohéritier peut alléguer qu'il n'a lui-même accepté que parce qu'il voyait qu'un autre en avait déjà fait autant, ou en faisait autant, voulant bien, pour faire honneur à la mémoire du défunt, se soumettre à quelques sacrifices, mais n'entendant pas néanmoins en faire de plus considérables que ne lui permettait sa position, alors il peut user de l'option que conféraient les lois romaines à l'héritier dans le cas où un cohéritier avait été relevé de son acceptation.

Cette distinction nous paraît juste, avec cette modification toutefois, que si le cohéritier ignorait, au moment où il a accepté, l'acceptation du restitué, il ne pourrait user de l'option dont il s'agit, puisqu'il ne pourrait dire qu'il n'a lui-même accepté que parce qu'un autre en avait déjà fait autant.

465. Au surplus, dans le cas où l'héritier qui a été circonvenu, ou qui ignorait l'existence d'un testament, aurait fait un acte d'héritier depuis la découverte du dol ou du testament, ce nouvel acte purgerait le vice dont l'acceptation primitive pouvait être entachée, et rendrait l'héritier non recevable à se plaindre désormais. Il en serait de ce cas comme de l'approbation tacite donnée par l'exécution volontaire à un contrat proprement dit, à une époque où ce contrat pouvait valablement être ratifié, approbation qui rend ensuite la partie non recevable à revenir contre son engagement. (Art. 1115 et 1338) (3).

Mais il faudrait pour cela que le nouvel acte attestât clairement la volonté, dans l'héritier, de renoncer au droit de revenir ou de réclamer contre son acceptation; que cet acte ne fût pas simplement une dépendance, une conséquence, pour ainsi dire, de celui qui avait été fait avant la découverte de la fraude ou du testament. C'est ainsi que, dans le droit romain (4), dont on suivait la décision sur ce point dans notre ancienne jurisprudence (5), parce qu'en effet elle est tout à fait raisonnable; c'est ainsi, disons-nous, que, dans le droit romain, un mineur qui avait imprudemment accepté une hérédité, et qui, parvenu à sa majorité, avait fait quelques actes, mais qui n'étaient qu'une dépendance de ceux qu'il avait faits en minorité, n'était pas pour cela déchu du droit de se faire restituer contre son acceptation; et la raison est absolument la même à l'égard du majeur qui avait en sa personne une juste cause de réclamer contre la sienne. On sent, d'après cela, qu'il y aurait beaucoup à considérer de quelle nature est le nouvel acte; s'il y avait ou non urgence à ce qu'il fût fait; s'il l'a été surtout avec ou sans protestation de toutes réserves de la part de l'héritier, du droit de pouvoir réclamer contre son acceptation, déclarant ne le faire, cet acte, que dans l'incertitude de l'admission de sa réclamation, etc.

466. Si des payements de dettes ou de legs portés dans un testament déjà connu avaient eu lieu de la part de l'héritier avant la découverte de la fraude pratiquée envers lui pour l'amener à accepter la succession, ceux qui auraient reçu ces payements pourraient être contraints à les restituer. Vainement opposeraient-ils qu'ils n'ont reçu que ce qui leur était dû, car la rescision de l'acceptation ayant pour effet de faire considérer le restitué comme étranger à la succession, il serait vrai de dire que celui qui leur a fait ces payements ne leur devait rien, ce qui rendrait applicable l'art. 1377 (6) dans sa première disposition (7). Mais si ceux à qui ces payements

(1) Code de Hollande, art. 1105.

(2) Il faut supposer qu'il n'a pas jugé à propos d'attaquer son acceptation; car s'il eût connu le dol pratiqué envers son cohéritier qui acceptait avec lui en même temps, et qu'il n'eût point averti celui-ci de la fraude, ou s'il eût eu connaissance de l'existence du testament, et qu'il ne l'en eût point prévenu, cette réticence serait, en quelque sorte, une participation à la fraude, une fraude elle-même, et le rendrait indigne du bénéfice de l'option dont nous parlons; il subirait toutes les conséquences du droit d'accroissement.

(3) Code de Hollande, art. 1363 et 1929.

(4) L. 3, § 2, ff. *de Min. viginti quinque annis.*

(5) Lebrun, liv. III, chap. VIII, sect. 2, nos 32 et 33, et liv. IV, chap. II, sect. 2, no 57 et suivants. Lacombe, aux mots *Acte d'héritier*, no 7, *Restitution*, sect. 2, no 17, et *Renonciation*, sect. 2, no 4.

(6) Code de Hollande, art. 1397.

(7) *Voyez* la L. 19, § 1, ff. *de Condict. indeb.*, la L. 65 au même titre, et surtout la L. 6, § 2, ff. *de Rebus auct. judic. possid.*, où le jurisconsulte décide qu'un pupille qui a obtenu la resci-

ont été faits avaient, par suite de ces mêmes payements, supprimé leur titre, alors ce serait la seconde disposition de l'article précité qui régirait le cas, et la répétition n'aurait pas lieu. Il ne resterait à l'héritier que son recours tel que de droit contre la succession.

467. Enfin, pour terminer nos observations sur cet art. 783, nous dirons que l'héritier qui voudra se faire relever de son acceptation, ou réclamer contre le testament découvert (1), agira sagement s'il met en cause tous ceux qui peuvent avoir intérêt à combattre sa prétention, afin de faire déclarer le jugement commun avec eux ; il préviendra de cette manière de nouvelles difficultés, et les effets de la règle que la chose jugée n'a d'aurorité qu'entre les parties et leurs héritiers respectifs. (Art. 1351) (2).

SECTION II.

DE LA RENONCIATION AUX SUCCESSIONS

SOMMAIRE.

468. *Transition de l'acceptation à la renonciation; division de la section.*

§ Ier.

Des conditions et formalités requises pour la validité de la renonciation.

469. *Le Code établit que la renonciation à une succession ne se présume pas. Dans quelques coutumes l'acceptation ne se présumait pas davantage : conséquences.*
470. *Conséquence des principes du Code relativement aux frais de poursuites dirigées contre l'héritier après les délais pour faire inventaire et délibérer.*
471. *Énumération des conditions requises pour la validité de la renonciation.*
472. *Elle doit être faite au greffe du tribunal dans le ressort duquel la succession s'est ouverte.*
473. *Elle ne peut avoir lieu que par celui qui est au degré appelé par la loi, et seulement depuis l'ouverture de la succession : ancien droit français sur ce point.*
474. *Combinaison des principes du Code sur la défense de renoncer à une succession future, et de faire aucun pacte sur pareille succession, avec ceux du droit romain.*
475. *Ces principes souffrent toutefois encore aujourd'hui une légère modification dans deux cas.*
476. *La renonciation doit être faite par celui qui st capable de disposer de ses droits, ou par son représentant.*
477. *Elle doit être pure et simple, et de tout le droit du renonçant : conséquence.*
478. *Il faut que la succession n'ait pas déjà été acceptée, sauf le cas où l'héritier aurait été relevé de son acceptation.*
479. *L'héritier qui a diverti ou recélé des objets de l'hérédité est déchu de la faculté de renoncer, et il est privé de sa part dans les objets détournés ou recélés.*
480. Secus *si c'était un mineur même* capax doli; *mais dans ce cas il pourrait être condamné à perdre sa part dans les objets détournés.*
481. *Quand le majeur qui a diverti des objets est seul héritier, sa peine se réduit à être héritier pur et simple malgré sa renonciation.*
482. *Si ce n'était que depuis une renonciation régulière, que l'héritier eût diverti des objets, on ne pourrait prétendre qu'il est devenu par là héritier pur et simple.*
483. *Il faut que la faculté de répudier ne soit pas prescrite : texte de l'art. 789, qui a donné lieu à plusieurs interprétations.*
484. *Première interprétation, et objections.*
485. *Seconde interprétation, et objections.*
486. *Troisième interprétation, et objections.*
487. *Modification de cette interprétation.*
488. *Autre interprétation, qui est peut-être la plus conforme, sinon à la lettre de la loi, du moins à son esprit.*

§ II.

Des effets de la renonciation.

489. *L'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier.*

sion de l'acceptation qu'il avait faite d'une hérédité, peut réclamer la restitution des choses qu'il avait payées, en qualité d'héritier, même avec l'autorisation de son tuteur.

(1) On voit que nous distinguons les deux cas, parce que, suivant ce que nous avons dit plus haut, la découverte d'un testament ne donne pas lieu à l'héritier d'attaquer son acceptation; elle doit être maintenue à l'égard des créanciers : aussi *sa réclamation pour cause de lésion* n'est-elle, par le fait, qu'une exception contre les légataires dénommés dans ce testament.

(2) Code de Hollande, art. 1954.

468. Après avoir traité de l'acceptation des successions, l'ordre des idées amène à parler de la renonciation qui peut y être faite. Mais ce que nous avons dit sur le premier point abrégera né-

cessairement les développements que nous aurons à donner sur le second.

Dans un premier paragraphe, nous parlerons des conditions et formalités voulues par la loi pour que la renonciation soit valable.

Et dans un second, des effets de la renonciation.

§ Ier.

Des conditions et formalités requises pour la validité de la renonciation.

469. Le Code établit en principe que la renonciation à une succession ne se présume pas (article 784) (1); d'où l'on peut tirer la conséquence que l'intention d'accepter est présumable.

Au lieu que dans quelques coutumes, notamment dans celles de Poitou et de Normandie, l'héritier n'était pas, il est vrai, présumé renoncer, car il n'eût point, par cela même, transmis le droit d'accepter à ses propres héritiers, dans le cas où il serait venu à mourir avant d'avoir fait acte d'acceptation, tandis qu'au contraire il le transmettait, comme sous le Code; mais il n'était point obligé de répondre aux demandes des créanciers et légataires tant qu'il n'avait pas encore jugé à propos d'accepter, parce que ces coutumes portaient expressément que celui qui ne voulait pas être héritier *n'était pas tenu de renoncer*.

On ne pouvait donc, d'après cela, le poursuivre utilement tant qu'il n'avait pas pris la qualité d'héritier : la saisine, dans ces coutumes, ne produisait que les effets qui peuvent être favorables à l'héritier et à ses propres représentants, et non ceux qui peuvent leur être contraires; et de ce système, ainsi qu'on l'a fort bien observé, il résultait d'assez graves inconvénients dans la pratique : les créanciers ne savaient d'abord à qui s'adresser, et quelquefois cet état de choses durait très-longtemps; pendant ce temps ils se trouvaient exposés à diriger une demande frustratoire contre des héritiers appelés par la loi et qui ensuite n'acceptaient pas, quoiqu'ils n'eussent agi contre eux qu'après les délais pour faire inventaire et délibérer.

(1) Code de Hollande, art. 1103.

(2) Ibid., art. 1087.

(3) Voyez *supra*, nos 58 et suivants.

470. Dans les principes du Code, au contraire, et qui sont ceux que l'on suivait dans la plupart de nos pays coutumiers, l'héritier attaqué pendant les délais pour faire inventaire et délibérer n'est point, il est vrai, obligé de répondre de suite à la demande; il peut user de l'exception dilatoire consacrée par l'article 174 du Code de procédure, et l'instruction de la demande est suspendue. Mais après l'expiration des délais, il peut être attaqué comme héritier, parce qu'il l'est en effet tant qu'il n'a pas renoncé : il est au moins héritier présumé, puisque la renonciation à une succession ne se présume pas; et suivant l'article 799 (2), il doit, comme nous l'avons dit (3), supporter personnellement les frais faits contre lui, à moins qu'il ne justifie qu'il n'a pas connu le décès, ou que les délais ont été insuffisants à cause de l'éloignement des biens, ou à raison des contestations survenues, auquel cas les frais restent à la charge de la succession, soit qu'il renonce, soit qu'il accepte bénéficairement : au lieu que lorsqu'il est attaqué dans les délais pour faire inventaire et délibérer, il peut, à l'expiration de ces délais, se faire renvoyer purement et simplement de la demande en renonçant, et alors les frais faits légitimement restent à la charge de la succession; ou bien accepter bénéficiairement, cas dans lequel aussi les frais, ainsi que les dettes elles-mêmes, restent à la charge de l'hérédité, du moins en ce sens que l'héritier se libère envers les créanciers et les légataires en leur abandonnant les biens, ou jusqu'à due concurrence.

Toutes ces décisions sont la conséquence des trois principes combinés, 1° que l'héritier est saisi de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession (art. 724) (4); 2° que la renonciation à une succession ne se présume pas (art. 784) (5); 3° que nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui est échue (art. 775) (6): ce qui démontre que tant que cette renonciation n'est pas faite, l'héritier, comme représentant du défunt, est tenu des dettes dont il était tenu lui-même, et doit, d'après cela, supporter personnellement les frais légitimes faits à ce sujet,

(4) Code de Hollande, art. 880.

(5) Ibid., art. 1103.

(6) Ibid., art. 1091.

puisqu'ils ont pu l'être, sauf, comme il vient d'être dit, l'application des règles relatives au bénéfice d'inventaire.

Ainsi, l'héritier a évidemment intérêt à renoncer au plus tôt après l'expiration des délais pour faire inventaire et délibérer, s'il a connu le décès, et s'il entre d'ailleurs dans ses vues de renoncer; il préviendra de cette manière des frais inutiles, et les créanciers et légataires, avertis par la renonciation, qui doit être publique (article 784), sauront ou devront savoir que ce n'est plus à lui qu'ils doivent s'adresser. S'ils le font, ils devront s'imputer les frais frustratoires qu'ils auront faits.

L'application de ces principes ne présentera pas de graves difficultés lorsque les plus proches parents n'auront pas renoncé; mais elle sera moins facile dans le cas contraire; et c'est ici que se place une question que nous avons indiquée précédemment (1), celle de savoir si, après la renonciation de l'héritier du premier degré, celui du degré subséquent, auquel la succession est dévolue faute d'autres héritiers à ce premier degré, ou parce que tous ceux qu'il y avait ont également renoncé (art. 786) (2), a, depuis la renonciation qui lui a fait passer le droit, les délais pour faire inventaire et délibérer, de manière à ne pouvoir être condamné même simplement aux frais, s'il est poursuivi durant ces délais? et de plus, si ces délais ne doivent commencer à courir pour lui que du moment où il a connu la renonciation?

Il est certain que le parent qui n'était point appelé par la loi au moment de l'ouverture de la succession, parce qu'il y en avait d'autres plus proches, ne pouvait rien faire tant que ceux-ci restaient investis du droit, tant qu'ils ne renonçaient pas. Il ne pouvait lui-même renoncer d'avance et dans la supposition que la succession lui serait dévolue par leur renonciation, car on ne peut renoncer à une succession qu'autant qu'elle est acquise : or, dans l'espèce, elle ne devait être acquise à ce parent que par la renonciation de ceux qui le précédaient par le degré de parenté. La renonciation, comme l'acceptation, ne peut avoir lieu conditionnellement et par anticipation : elle ne peut être faite que lorsque le droit est positivement acquis.

D'après cela, l'héritier du degré subséquent ne peut, relativement aux poursuites des créanciers dirigées contre lui, mais uniquement sous ce rapport, être considéré comme devenu héritier que du jour seulement où a eu lieu la dernière renonciation qui lui a fait passer la succession, nonobstant la double règle que celui qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier, et que c'est celui qui vient après qui se trouve l'être et avoir été saisi, comme l'était le premier, au moment du décès du défunt. Il a aussi personnellement le droit de n'accepter que sous bénéfice d'inventaire, ou de renoncer comme les autres; et pour pouvoir accepter sous bénéfice d'inventaire, les délais donnés par la loi à ce sujet lui sont également nécessaires.

Ainsi, quand l'art. 795 (3) dit que l'héritier a trois mois pour faire inventaire, *à compter du jour de l'ouverture de la succession,* cela ne peut s'entendre que des cas ordinaires, ceux où les héritiers présomptifs au jour du décès sont ceux qui se portent héritiers, et non pas du cas où, au contraire, ils renoncent, et que par leur renonciation la succession passe à ceux du degré subséquent. La loi statue à cet égard dans la supposition qu'elle a faite d'abord, que ceux du premier degré acceptent, puisqu'elle ne présume pas la renonciation (art. 784). Le délai ne peut donc commencer à courir à l'égard de l'héritier du degré subséquent, que du jour seulement où le droit lui a été acquis par l'effet de la dernière renonciation de ceux qui le précédaient; car la première faisait seulement passer la part des renonçants à leurs cohéritiers. Tout autre système serait nécessairement injuste, puisqu'il soumettrait un parent éloigné, que son degré de parenté n'appelait nullement d'abord à l'hérédité, qui n'a peut-être pas même connu le défunt, ou le décès de celui-ci, ou du moins qui ne supposait pas que les héritiers plus proches renonceraient, à l'obligation de payer des frais qu'il ne pouvait éviter sans être privé des avantages du droit commun (nous voulons parler du bénéfice d'inventaire), et précisément quand ce parent est

(1) *Voyez* n° 59.
(2) Code de Hollande, art. 1103.
(3) Code de Hollande, art. 1071.

d'autant plus digne de faveur, qu'en pareil cas la succession est très-probablement mauvaise.

De plus, nous pensons que ce délai ne doit commencer à courir que du jour où l'héritier du degré subséquent a connu la dernière renonciation, et non pas nécessairement à partir du jour où elle a eu lieu. En effet, on doit assimiler l'ignorance où il serait au sujet de cette renonciation, à l'ignorance dans laquelle aurait été l'héritier du premier degré touchant le décès : c'était la renonciation de celui-ci qui faisait passer la succession au degré subséquent, comme c'était le décès qui la faisait passer au premier degré : or, d'après l'art. 799 (1), l'héritier, en cas de poursuites dirigées contre lui, peut, même après avoir obtenu une prorogation des délais légaux, s'affranchir de ces frais et les laisser à la charge de la succession, en justifiant qu'il n'a pas eu connaissance du décès, ou que les délais ont été insuffisants, à cause de l'éloignement des biens ou des difficultés survenues; par la même raison, l'héritier du degré subséquent, attaqué par les créanciers ou les légataires après les trois mois et quarante jours à compter de la dernière renonciation, peut aussi éviter la condamnation aux frais, s'il justifie qu'il n'a pas connu plus tôt cette renonciation. Vainement objecterait-on que les renonciations ont été faites au greffe du tribunal de l'ouverture de la succession, et qu'étant ainsi rendues publiques, l'héritier du degré subséquent a pu facilement les connaître, et prendre son parti dans les trois mois et quarante jours à compter de la dernière ; car on répondrait que, précisément parce que la renonciation à une succession ne se présume pas, il n'a pas dû sentir la nécessité de faire des démarches à cet égard, surtout quand la succession s'est ouverte au loin; il serait même possible qu'il eût ignoré le décès lui-même. D'ailleurs, il était peut-être précédé par plusieurs degrés, qui ont tous renoncé, et ne songeait probablement pas que cette succession viendrait jamais se placer sur sa tête. On ne peut pas raisonnablement exiger d'un individu qu'il aille tous les jours au greffe du tribunal dans le ressort duquel une succession s'est ouverte, pour savoir si tous ceux qui le précèdent ont renoncé.

Ces difficultés sur le cas de dévolution d'un degré au degré subséquent ne s'élèvent pas lorsqu'il y a simplement lieu à l'accroissement de la part d'un renonçant à celle de son cohéritier : ce dernier, en admettant qu'il n'eût pas déclaré n'accepter que sous bénéfice d'inventaire, attaqué après les délais pour faire inventaire et délibérer, devrait encore tous les frais faits légitimement, quand bien même il n'aurait pas connu la renonciation de son cohéritier, à moins qu'il ne justifiât qu'il n'a pas connu le décès, ou que les délais ont été insuffisants à cause de l'éloignement des biens et des difficultés survenues. Il ne pourrait prétendre qu'il n'en doit supporter qu'une part correspondante à la part dont il avait d'abord été saisi; car il se trouve, par la renonciation du cohéritier, l'avoir été pour le total de l'hérédité, ou de la moitié affectée à sa ligne, si la succession, comme échue à des ascendants ou à des collatéraux, s'est divisée entre les lignes paternelle et maternelle (Art. 733) (2).

A plus forte raison, elles n'ont pas lieu non plus, ces difficultés, quand la succession est attribuée en tout ou partie à l'enfant naturel, ou qu'elle l'est au conjoint survivant; car ces successeurs irréguliers n'étant point saisis, ils ne représentent pas le défunt, et ne succèdent à ses biens qu'autant qu'ils le *demandent* : le créancier qui les poursuivrait auparavant, à quelque époque que ce fût depuis l'ouverture de l'hérédité, s'exposerait donc à supporter les frais, s'ils répudiaient le droit ; et l'État, qui aurait recueilli les biens par droit de déshérence, ne devrait même pas les frais faits si mal à propos contre des individus qui n'étaient point les représentants proprement dits de la personne du défunt, qui avaient simplement le droit de demander la délivrance de ses biens, et qui n'ont pas voulu user de ce droit. C'était aux créanciers à faire nommer, en attendant, un curateur à la succession vacante, contre lequel ils auraient poursuivi leur payement.

471. Cela posé, voyons maintenant quelles sont les formalités et conditions requises pour la validité de la renonciation, et nous traiterons ensuite de ses effets. Il faut :

(1) Code de Hollande, art. 1087.

(2) Code de Hollande, art. 897.

1° Qu'elle soit faite au greffe du tribunal dans le ressort duquel la succession s'est ouverte ;

2° Qu'elle soit faite depuis l'ouverture de l'hérédité, et par celui qui sait que l'hérédité est ouverte à son profit ;

3° Par celui qui est capable de disposer de ses droits, ou par celui qui exerce ses droits ;

4° Qu'elle soit pure et simple, et de tout le droit du renonçant ;

5° Que la succession n'ait point déjà été acceptée par lui, sauf le cas où il aurait été relevé de son acceptation ;

6° Enfin que la faculté de répudier ne soit pas prescrite.

472. Sur le premier point, nous disons que la renonciation doit être faite au greffe du tribunal dans le ressort duquel elle s'est ouverte (art. 784); et ce tribunal est celui de l'arrondissement dans lequel le défunt avait son domicile réel, le lieu où il avait fixé le siége de son principal établissement (art. 102 et 110), et non pas le lieu où il n'avait qu'une simple résidence de fait, quelque éloignée qu'eût été cette résidence.

Anciennement la renonciation pouvait être faite devant un notaire quelconque, ce qui la rendait incertaine pour ceux qui avaient le plus d'intérêt à la connaître; aussi notre art. 784 dit-il, en indiquant ainsi une disposition nouvelle à ce sujet : « Elle *ne peut plus* être faite « qu'au greffe du tribunal de première instance « dans l'arrondissement duquel la succession s'est « ouverte. »

Elle doit être inscrite sur un registre tenu à cet effet. (*Ibid.*)

Il suffit que la déclaration, consignée sur ce registre, soit reçue par le greffier et signée du renonçant ou de son fondé de pouvoir.

Le pouvoir doit être spécial, puisque c'est un acte d'aliénation, et que le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration ; que s'il s'agit d'aliéner ou d'hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès (art. 1988) (1). Mais la loi ne dit nulle part, comme elle le dit dans d'autres cas (2), que la procuration doit être en forme authentique (3). On reste donc à cet égard dans les termes du droit commun, d'après lequel le mandat peut être donné aussi bien par acte sous seing privé que par acte authentique (art. 1985) (4). Il faut toutefois, en quelque forme qu'il soit donné, qu'il demeure annexé au registre qui contient la déclaration de renonciation, afin que le renonçant ne puisse ensuite prétendre, en supprimant l'acte, qu'il n'avait pas donné le pouvoir de renoncer. Et si l'on disait que la simple annexe de la procuration au registre ne présente elle-même pas une garantie suffisante contre la possibilité de cet inconvénient, en ce que l'acte peut s'égarer ou être remis par fraude au renonçant, nous répondrions qu'il faudrait alors aller jusqu'à dire que la procuration ne doit pas seulement être authentique, comme sont toutes celles qui sont délivrées en brevet par les notaires, mais qu'il doit y en avoir minute, comme dans le cas d'acceptation d'une donation par un fondé de pouvoir (art. 933) ; mais la loi ne prescrit rien de semblable au sujet d'une renonciation à succession. Cet inconvénient pourrait d'ailleurs exister dans une foule de cas, et elle autorise néanmoins les notaires à délivrer les procurations en brevet (5).

473. *Il faut que la renonciation soit faite depuis l'ouverture de la succession, et par celui qui sait que l'hérédité est ouverte à son profit :* de là, celui qui croyait que telle personne était morte, quand elle ne l'était pas alors, et qui aurait renoncé à sa succession dans cette fausse persuasion, ne serait pas lié par cette renonciation, quand bien même la personne serait ensuite venue à mourir immédiatement après qu'elle aurait eu lieu (6).

Du principe qu'il faut que l'hérédité soit ouverte pour qu'on puisse valablement y renoncer, il suit qu'on ne peut aujourd'hui renoncer, même par contrat de mariage, à la succession d'un homme vivant, ni aliéner les droits éventuels que

(1) Code de Hollande, art. 1833.

(2) Notamment dans l'article 36, pour les actes de l'état civil ; dans l'article 933, pour l'acceptation des donations.

(3) Ainsi que le prétend M. Chabot, qui ne s'appuie, il est vrai, d'aucun texte ni d'aucune autorité pour le décider ainsi.

(4) Code de Hollande, art. 1830.

(5) *Voyez* la loi du 25 ventôse an XI, sur *le Notariat*.

(6) Le droit romain exige même que l'héritier soit certain du décès pour pouvoir renoncer valablement comme pour pouvoir accepter. L. 23, ff. *de Acquir. vel omitt. heredit.* En conséquence, *si quis dubitet an vivat testator necne, repudiando nihil agit.* L. 13, § 1, *eodem tit.*

l'on peut avoir à cette succession. (Art. 791) (1).

L'art. 1130 (2) est encore plus formel, s'il est possible : il ne permet même pas de faire une convention quelconque sur succession non ouverte, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit.

Mais anciennement, dans nos pays coutumiers, dans la plupart du moins, on faisait valablement renoncer les filles à la succession de leurs père et mère, par leur contrat de mariage, moyennant une dot quelconque, qu'on leur constituait. Dans quelques localités c'était même une véritable exhérédation ; car on pouvait arracher la renonciation pour le plus modique objet, pour un *chapeau de fleurs*, qui servait de prétexte à cette expulsion des filles de l'hérédité paternelle ou maternelle ; et cette jurisprudence, touchant la validité des renonciations faites par les filles dans leur contrat de mariage, avait même fini par envahir les pays de droit écrit, du moins ceux de plusieurs des parlements qui suivaient ce droit. C'était un criant abus, qui se liait à ce système d'après lequel le droit de masculinité et de primogéniture prédominait en matière d'hérédité ; système que la féodalité elle-même n'avait introduit qu'à l'égard des biens appelés *biens nobles* ou *fiefs*, mais que, par imitation, on avait ensuite étendu aux autres biens, au moyen des renonciations des filles, des institutions d'héritier en faveur des aînés, et quelquefois par l'exhérédation des deux sexes pour des causes infiniment trop multipliées. Le Code a proscrit toute renonciation quelconque tant que la succession ne serait pas encore ouverte ; il a également interdit l'exhérédation formelle, en laissant toutefois aux ascendants et aux descendants la faculté de disposer d'une quotité de leurs biens, qui varie en raison du nombre et de la qualité des héritiers au profit desquels il a établi une réserve ; et enfin il n'a permis l'institution d'héritier, même par contrat de mariage, au profit de l'aîné des enfants du donateur comme au profit de tout autre, que seulement pour la quotité de biens dont on pourrait disposer par d'autres voies.

474. Les principes du Code relativement à la prohibition de faire aucune convention sur une succession non encore ouverte, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit, sont encore plus sévères que ceux du droit romain.

Suivant ce droit, il n'était pas, à la vérité, permis, en général, de pactiser sur une succession future (3), parce qu'on y voyait des dangers pour celui de la succession duquel il s'agissait, et qu'une telle convention renfermait d'ailleurs, en quelque sorte, *votum mortis alicujus,* ce qui paraissait, avec raison, contraire aux mœurs et au bon ordre ; mais il était du moins permis de le faire avec son consentement, non pas en ce sens qu'il se trouvât lui-même lié par ce consentement, et qu'il ne pût, en conséquence, disposer de ses biens suivant les règles ordinaires, mais en ce sens que s'il persévérait dans sa volonté jusqu'à sa mort, la convention recevait son exécution (4) ; ce qui n'aurait même pas lieu sous notre Code civil. (Art. 1130.)

Les pactes sur successions mutuelles étaient également réprouvés, et par les mêmes motifs, comme ils le sont chez nous ; mais, par un privilége spécial, inconnu dans nos mœurs, on dérogeait à la règle en ce point (comme en tant d'autres), en faveur des militaires en expédition, *in procinctu* (5).

475. Au surplus, le principe consacré par nos art. 791 et 1130, qu'on ne peut aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir à la succession d'un homme vivant, que tout pacte sur une pareille succession, même avec le consentement de celui qui doit la laisser, est nul et de nul effet ; ce principe, disons-nous, quelque absolu qu'il paraisse, reçoit néanmoins deux modifications.

La première se trouve dans l'article 918, ainsi conçu ; « La valeur en pleine propriété des « biens aliénés, soit à charge de rente viagère, « soit à fonds perdu, ou avec réserve d'usufruit, « à l'un des successibles en ligne directe, sera « imputée sur la portion disponible ; et l'excé« dant, s'il y en a, sera rapporté à la masse. « Cette imputation et ce rapport ne pourront « être demandés par ceux des autres successi-

(1) Code de Hollande, art. 1109.
(2) Ibid., art. 1370.
(3) L. 4, Cod. *de Inutil. stipul.*
(4) L. ult., Cod. *de Pactis.*
(5) L. 19, Cod. *de Pactis.*

« bles en ligne directe qui *auraient consenti* à « ces aliénations, ni, dans aucun cas, par les « successibles en ligne collatérale. »

Ainsi, c'est le *consentement* donné par les autres successibles en ligne directe, qui s'oppose à ce qu'ils puissent demander au cohéritier acquéreur, le rapport, à la masse, des biens aliénés à son profit de l'une des manières spécifiées à cet article, comme il s'oppose à cequ'ils puissent demander l'imputation, sur la quotité disponible, de ce qui excéderait cette même quotité. Ils sont évidemment par là déchus d'un droit qu'ils auraient eu sans leur consentement, puisque la loi voit un avantage indirect au profit de l'héritier acquéreur, dans le choix du mode d'aliénation que l'on a suivi : sans cela, elle n'aurait pas prescrit, hors le cas du consentement des autres successibles en ligne directe, le rapport, à la masse, de l'excédant de la quotité disponible : car les conventions faites sans fraude entre le défunt et l'un de ses héritiers, et qui ne présentaient aucun avantage indirect au moment où elles ont eu lieu, sont exécutées comme entre étrangers, et elles n'assujettissent l'héritier à aucun rapport (art. 853). Celle dont il s'agit est donc une aliénation d'une partie des droits éventuels que pouvaient avoir sur la succession ceux qui ont donné leur consentement à l'aliénation.

La deuxième modification nous paraît résulter de la disposition de l'art. 1076 (1), dans le cas où l'ascendant fait, entre ses enfants ou descendants le partage de ses biens par acte entre-vifs.

En effet, cet acte suppose une acceptation de la part des descendants, puisque l'article porte que « ces partages pourront être faits par actes « entre-vifs ou testamentaires, avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les « donations entre-vifs et testaments ; » et son effet est irrévocable, d'après les articles 894, 932 et 1076 (2), combinés.

Il est vrai qu'on peut dire que, suivant ce même article 1076, seconde partie, le partage fait par acte entre-vifs ne peut comprendre, comme les donations entre-vifs proprement dites (art. 943) (3), que les biens présents seulement; que c'est par conséquent une donation entre-vifs ordinaire ; d'où l'on conclurait que ce n'est point là une convention sur succession future, ni dès lors une modification à la règle qui prohibe toute convention sur pareille succession, et toute aliénation des droits éventuels qu'on pouvait y avoir; mais on répondrait que ce n'est point un acte de donation entre-vifs proprement dite, dont les effets soient absolument les mêmes que ceux des donations de cette qualité, car c'est un *partage*, quoique fait d'après les formalités, conditions et règles prescrites pour ces sortes de donations : d'où il suit que s'il n'a pas été fait entre tous les enfants existant au jour du décès de l'ascendant donateur et les descendants de ceux prédécédés, par exemple, parce qu'il en est survenu depuis que ce partage a eu lieu, il est, par cela même, non pas révoqué, mais nul de plein droit, et il peut en être provoqué un nouveau dans la forme légale, même par ceux qui avaient été compris dans le premier (art. 1078). Or une donation entre-vifs proprement dite, faite par un individu ayant déjà enfants, comme dans l'espèce, ne serait point révoquée par la survenance d'un ou plusieurs autres enfants (art. 960) (4) : elle pourrait seulement être réduite, dans les cas de droit, pour fournir aux réserves. Donc ce partage, fait par acte entre-vifs, est une véritable convention sur succession future, du moins sur les droits éventuels qu'on pouvait avoir dans les biens qui l'auraient composée, quoiqu'il ne puisse comprendre que les biens présents ; aussi peut-il, comme les autres partages, être attaqué pour lésion de plus du quart (art. 1079) (5), et dans le cas aussi où il résulterait des dispositions faites par préciput et du partage lui-même, cumulativement, que l'un des copartagés aurait un avantage plus grand que la loi ne le permet (*ibid.*), ce qui n'a pas lieu ; comme on le sent très-bien, en matière de donations entre-vifs de biens présens proprement dites, puisque chacun des donataires doit, à ce titre, se contenter de ce qu'il a reçu, sans s'occuper de ce qui a pu être donné à d'autres.

476. Pour que la renonciation soit valable,

(1) Code de Hollande, art. 1167.
(2) Ibid., art. 1703, 1720 et 1167.
(3) Ibid., art. 1704.
(4) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.
(5) Code de Hollande, art. 1170.

il faut, avons-nous dit : *qu'elle soit faite par celui qui est capable de disposer de ses droits, ou par son représentant :* de là il suit que les mineurs, les interdits, les femmes mariées non autorisées, ne peuvent eux-mêmes renoncer à une hérédité, puisque ce serait l'aliénation d'un droit acquis, et qu'il faut d'ailleurs, en principe, pour la renonciation, la même capacité que pour l'acceptation ; car si cette dernière soumet l'héritier à l'obligation d'acquitter les dettes du défunt, la première aussi lui fait perdre les droits qu'avait celui-ci.

En conséquence, le tuteur du mineur non émancipé ou de l'interdit renoncera pour lui, mais en vertu d'une délibération conforme du conseil de famille.

Le mineur émancipé pourra renoncer avec (1) ou sans l'assistance de son curateur, mais toujours d'après une délibération de ce conseil.

La femme mariée le fera avec l'autorisation de son mari, ou, à défaut, avec celle de justice, mais dans ce cas, sauf les droits du mari, ainsi qu'il a été expliqué sur l'acceptation.

Celui qui est placé sous l'assistance d'un conseil judiciaire devra être assisté de son conseil.

En un mot, ce qui a été dit pour l'acceptation des successions échues à des personnes qui sont privées de *l'exercice* des droits civils pour une cause quelconque, s'applique, en général, à la renonciation à ces mêmes successions.

477. *Il faut que la renonciation soit pure et simple, et de tout le droit du renonçant.*

De même qu'on ne peut valablement accepter une succession conditionnellement, par exemple sous cette condition : si elle est avantageuse (2) ; de même on ne peut y renoncer conditionnellement, par exemple sous cette autre condition : si elle est démontrée mauvaise par la liquidation.

Et puisqu'on ne peut, non plus, accepter seulement pour une partie du droit (3), c'est dire par cela même qu'on ne peut renoncer pour partie. Et ce serait renoncer pour partie, si, héritier pour une portion seulement, je déclarais dans un acte qui emporterait acceptation, ou bien au greffe, que je n'entends être héritier que pour cette portion quand bien même mes cohéritiers viendraient à répudier la leur ; que je ne veux point profiter du droit d'accroissement, mais que je ne veux pas non plus m'exposer aux charges qui y sont attachées. Cette déclaration serait sans effet, parce que l'acceptation ne peut être conditionnelle, ni avoir lieu pour partie seulement du droit ; et je resterais acceptant avec le bénéfice d'accroissement et toutes ses charges, si, en effet, mes cohéritiers renonçaient (4).

478. Il faut aussi *que la succession n'ait point été acceptée par l'héritier, sauf le cas où il aurait été relevé de son acceptation.*

En acceptant, l'héritier confirme l'obligation qui résultait pour lui de l'effet de la saisine, de représenter le défunt aussi bien passivement qu'activement (article 724), de satisfaire aux charges de l'hérédité pour une part correspondante à celle qu'il aurait dans les biens ; et cet engagement une fois pris, cet appel de la loi une fois entendu, il n'est plus au pouvoir de l'héritier d'en éluder les effets, sauf le cas où il est en droit de se faire restituer contre son acceptation, parce qu'elle n'aurait pas été l'effet d'une volonté libre. On doit dire de l'acceptation d'une hérédité, ce que l'on dit des conventions ordinaires, des contrats proprement dits: *Incundi sunt voluntatis, initi sunt necessitatis.*

479. Et quand bien même on pourrait naturellement supposer, dans tel ou tel cas, que l'héritier n'entendait point accepter l'hérédité, néanmoins, s'il a fait ce qui lui était interdit, il peut encore être déclaré héritier nonobstant la renonciation formelle qu'il ferait ensuite : c'est lorsqu'il a diverti ou recélé sciemment et de mauvaise foi

(1) Quoique, au moyen de la délibération du conseil de famille qui autorise la renonciation, et dont expédition est représentée au greffier du tribunal, l'assistance du curateur à la déclaration faite au greffe par le mineur émancipé ne nous paraisse pas nécessaire, néanmoins elle peut prévenir des difficultés.

(2) Voyez *supra*, n° 368.

(3) L. 1, *de Acquir. vel omitt. hered.*

(4) L. 53, § 1, *eodem tit.* Nous avons cependant vu plus haut, n° 464, un cas où le droit d'accroissement n'a pas lieu avec toutes ses conséquences malgré l'héritier, en ce sens du moins que celui-ci peut, lorsque son cohéritier qui avait accepté avant lui s'est fait restituer contre son acceptation, abandonner aux créanciers et légataires la portion de cohéritier, pour se dispenser de supporter les charges attachées à cette même portion.

des effets de la succession (art. 792) (1) : alors il reste héritier pur et simple, et sans même pouvoir prétendre aucune part dans les objets divertis ou recélés. (*Ibid.*)

Il est puni de la peine du talion ; il voulait faire fraude à ses cohéritiers et ses cohéritiers auront à eux seuls les effets dont il avait cherché à les priver.

On sent, au surplus, que s'il était seul héritier, comme un fils unique qui succède à son père, la soustraction n'ayant eu pour but que de faire fraude aux créanciers et aux légataires, parce que l'héritier se proposait de n'accepter ensuite que sous bénéfice d'inventaire, ou peut-être de renoncer, la seule peine qui lui serait infligée dans ce cas serait de rester héritier pur et simple, nonobstant toute renonciation ultérieure, et, comme tel, d'être tenu des dettes et charges de l'hérédité même *ultra vires,* mais voilà tout ; car il ne saurait perdre sa *part* dans un objet par rapport auquel son droit n'était point d'une *part* quelconque, mais bien de la totalité. D'ailleurs, personne n'aurait qualité pour demander à ce qu'il en fût privé.

480. Si c'était un mineur *capax doli* qui eût diverti ou recélé des objets de la succession, il ne serait pas pour cela déchu du bénéfice d'inventaire, ni même du droit de renoncer, attendu qu'il ne peut se priver ni de l'un ni de l'autre; mais, suivant M. Chabot, dans le cas où ce mineur aurait des cohéritiers, il devrait être puni de la perte de sa part dans les objets divertis ou recélés, parce que le mineur n'est point restitué contre ses délits ou quasi-délits (art. 1310), et que, sous ce rapport, il devrait être traité comme le majeur lui-même. Nous sommes bien de cet avis en général, mais nous pensons aussi qu'on pourrait décider autrement dans certains cas, à raison de la nature des objets, surtout de leur importance, et de diverses autres circonstances.

481. Si l'héritier majeur qui a diverti ou recélé des objets de l'hérédité renonce ensuite, sa part accroît à celle de ses cohéritiers, si ceux-ci le veulent ainsi, et aiment mieux se contenter de la restitution, à la masse, des objets détournés ou recélés ; car il ne peut revenir contre sa propre renonciation, et argumenter de son propre délit, pour prétendre qu'elle était nulle, comme faite après un acte d'acceptation.

Mais s'il avait payé quelque dette ou quelque legs, les autres héritiers qui profitent de la renonciation lui devraient indemnité.

482. Si ce n'était que depuis une renonciation régulière que l'héritier eût diverti ou recélé des objets de la succession, il est bien clair qu'il ne pourrait pas s'en prévaloir pour soutenir qu'il a ainsi détruit l'effet de sa renonciation et qu'il est encore héritier ; mais, de plus, on doit décider, avec M. Chabot, qui s'appuie du sentiment de Domat et de Lebrun, qu'il n'y a pas lieu non plus de prétendre contre lui que, par ce fait de divertissement ou de recel, il est devenu héritier pur et simple, car il ne pouvait pas détruire l'effet de sa renonciation ; il a agi comme spoliateur de l'hérédité, et voilà tout : aussi les peines portées contre les spoliateurs lui seraient-elles justement appliquées.

En disant que *les héritiers* qui ont diverti ou recélé des effets d'une succession sont *déchus* de la faculté d'y renoncer, qu'ils *demeurent* héritiers purs et simples, nonobstant leur renonciation, l'article 792 suppose évidemment qu'au moment du divertissement ou du recel la renonciation n'a pas encore eu lieu, puisque autrement il ne pourrait, avec quelque raison, parler des *héritiers* comme auteurs de ce fait, attendu que celui qui a renoncé n'est plus héritier (art. 785). Il serait également inexact de dire, à l'égard de celui qui a renoncé, qu'il *demeure* héritier, puisqu'il avait déjà cessé de l'être, expression qui convient très-bien, au contraire, à celui qui n'a point encore renoncé, et qui *demeure,* en effet, ce que la saisine l'a fait, héritier. Enfin, si les héritiers sont *déchus* du droit de renoncer, c'est donc parce qu'ils n'avaient pas encore exercé ce droit

Telle était aussi la disposition du droit romain. La L. 71, § 9, ff. *de Acquir. vel omitt. heredit.*, distingue parfaitement, à l'égard de l'héritier *suus,* qui l'était de plein droit, comme le sont chez nous tous les héritiers réguliers placés dans le degré appelé par la loi, le cas où cet héritier *suus* a détourné des effets de la succession et qu'il *s'abstient* ensuite, du cas, au contraire, où, après son *absten*

(1) Code de Hollande, art. 1110.

tion, il fait un divertissement ou un recel : dans le premier, il reste ce qu'il était, parce qu'il ne peut plus *s'abstenir*, et en conséquence, comme représentant du défunt, il demeure soumis aux charges de l'hérédité ; dans le second, son *abstention* subsiste, mais il est considéré comme spoliateur de l'hérédité. Ces principes doivent également s'appliquer sous le Code.

483. Enfin il faut *que la faculté de répudier ne soit pas prescrite.*

« La faculté d'accepter ou de *répudier* une « succession, porte l'art. 789 (1), se prescrit « par le laps de temps requis pour la prescrip- « tion la plus longue des droits immobiliers, » c'est-à-dire, d'après l'art. 2262 (2), par trente ans ; toutefois sans préjudice des suspensions telles que de droit, pour minorité ou autre cause.

Il est peu de dispositions dans le Code, il n'en est peut-être pas, qui aient donné lieu à un plus grand nombre d'interprétations différentes.

484. Suivant quelques personnes, cet article 789 doit s'entendre en ce sens que la faculté d'accepter *ou* de répudier l'hérédité se prescrit cumulativement, et contre l'héritier qui n'en a pas fait usage ; qu'ainsi, après les trente ans, l'héritier, faute d'avoir accepté, faute par conséquent de qualité, ne pourra poursuivre les débiteurs de la succession qui se trouveraient n'avoir point encore prescrit, par l'effet d'un long terme stipulé, ou d'une condition accomplie depuis moins de trente ans (art. 2257) (3), ni les détenteurs quelconques des biens de l'hérédité qui ne les auraient point encore acquis par le moyen de la prescription, parce qu'ils les posséderaient depuis moins de temps que celui qui est exigé par la loi pour l'acquisition par ce mode ; mais cependant que cet héritier négligent, qui n'a point usé de la faculté de renoncer qu'il avait pendant trente ans, reste ce que l'avait fait la saisine, c'est-à-dire héritier, et, comme tel, soumis aux obligations du défunt et aux autres charges de l'hérédité, qui, par telle ou telle cause, ne seraient point encore éteintes par la prescription, sans pouvoir invoquer le bénéfice d'inventaire, attendu que ce n'est qu'un mode d'acceptation, et que le droit d'accepter est prescrit comme celui de renoncer. En un mot, l'héritier serait ou ne serait pas héritier, suivant l'intérêt de celui qui agirait contre lui, ou contre lequel il agirait.

On fait à cette interprétation deux objections, dont l'une ne nous paraît pas très-grave, mais dont l'autre doit évidemment la faire rejeter.

On dit que c'est diviser ainsi la qualité d'héritier, et que cependant les qualités sont indivisibles (4) ; qu'il répugne à la raison de considérer le même individu comme héritier vis-à-vis de l'un, quand il serait défendeur à la demande d'un créancier ou d'un légataire, tandis qu'il ne serait pas tel à l'égard d'un autre, quand il agirait contre un débiteur héréditaire.

On dit surtout que ce système est rempli de dangers auxquels la loi n'a pu vouloir nous assujettir en nous accordant l'avantage qui résulte de la saisine, c'est-à-dire cet avantage qui consiste principalement dans le droit de transmission, au profit de nos héritiers, des successions qui nous sont échues et que nous n'avons ni acceptées ni répudiées avant notre mort ; car son bienfait se tournerait en une charge grave, qui nous ferait regretter que les principes si différents du droit romain à cet égard, n'eussent pas été adoptés de préférence.

Et, en effet, chacun de nous serait exposé à se voir ruiner par suite du décès d'un parent mort en pays étranger, dont il n'a peut-être pas plus connu l'existence que la mort, et par conséquent à la succession duquel il ne pouvait, de fait, renoncer. Et si l'on disait que ce cas sera rare, ce ne serait pas répondre à l'objection, puisqu'il peut très-bien se présenter. D'ailleurs, il peut être plus fréquent qu'on ne se l'imagine,

(1) Code de Hollande, art. 1108.

(2) Ibid., art. 2004.

(3) Ibid., art. 2027.

(4) Cette objection ne nous paraît pas invincible. Il peut, en effet, fort bien arriver, comme nous l'avons déjà dit (n° 433), et comme nous le démontrerons plus clairement encore dans la suite, qu'un individu soit tenu pour héritier à l'égard de l'un, sans cependant qu'un autre soit autorisé à prétendre pour cela qu'il l'est également par rapport à lui, nonobstant ce qu'on voudrait induire de contraire de l'art. 800 ; car la chose jugée ne fait loi qu'entre les parties (art. 1351). On a vu au tome III, n°s 102 et 103, plusieurs décisions qui ont consacré ce principe même en matière de *filiation*, matière dans laquelle la qualité est, sans contredit, plus indivisible encore que partout ailleurs, s'il est possible.

si l'on songe qu'au moyen des renonciations des parents les plus proches, et ainsi de suite de degré en degré, un parent d'un degré très-éloigné va se trouver saisi ; et ce parent, qui n'avait peut-être eu aucune relation avec le défunt, qui ne le connaissait peut-être même pas, ou qui savait qu'il y avait des héritiers beaucoup plus proches que lui, et même à plusieurs degrés, avant que la succession pût venir se placer sur sa tête, n'a pas songé à s'enquérir si ces divers parents, qu'il ne connaissait peut-être pas davantage, avaient tous renoncé, pour en faire autant à son tour. Ceux qui le précédaient avaient d'ailleurs trente ans pour renoncer, et il ne pouvait les forcer à prendre un parti, ni renoncer d'avance et avant que la succession fût venue le trouver par la renonciation de tous les autres (1) ; en sorte que si celle du dernier eût été faite au dernier moment, comme elle eût été faite en temps utile, et que celui qui l'aurait faite aurait été censé n'avoir jamais été héritier, il ne lui serait resté aucun temps quelconque (car presque rien, dans l'ordre moral, ce n'est rien) pour faire la sienne également en temps utile, c'est-à-dire dans les trente ans ; à moins que l'on ne dît que le délai, en pareil cas, ne doit courir que du jour de la renonciation du dernier qui avait droit de renoncer; mais alors on ferait la loi au lieu de se borner à l'interpréter ; car, d'une part, le délai pour renoncer commence évidemment à courir du jour de l'ouverture de la succession, même dans le système maintenant en question ; et, d'autre part, tout héritier qui renonce dans le délai est censé n'avoir jamais été héritier, et la succession a passé soudainement au degré subséquent, s'il n'y avait point de cohéritier. (Art. 786) (2).

Les dangers de ce système ne permettent donc pas de l'adopter (3), du moins sans modification, si l'on croyait devoir s'y tenir.

485. Une seconde manière d'interpréter cet art. 789, consisterait à dire qu'après les trente ans depuis l'ouverture de la succession, l'héritier ne peut plus, il est vrai, former une demande en partage contre ses cohéritiers qui ont accepté, quoique depuis moins de trente ans, ni contre les héritiers du degré ultérieur qui ont pris les biens à sa place, quoique aussi depuis moins de trente ans, attendu qu'il n'avait lui-même que trente ans pour accepter de préférence à tout autre, et qu'il leur enlèverait ainsi un droit acquis ; mais que si personne n'a accepté, cet héritier étant encore héritier par l'effet de la saisine, puisqu'il ne s'est dépouillé de sa qualité par aucune renonciation, rien ne l'empêche de poursuivre les débiteurs héréditaires et les tiers détenteurs des biens qui, par telle ou telle cause, n'ont pas encore prescrit leur libération ou acquis la propriété des biens par la possession pendant le temps déterminé par la loi ; par conséquent, il resterait encore soumis à l'obligation d'acquitter les charges héréditaires qui ne seraient point éteintes par la prescription.

Cette interprétation, comme on le voit, se rapproche de la précédente, en ce que l'héritier ne pourrait, après les trente ans, faute de qualité, c'est-à-dire faute d'acceptation dans ce laps de temps, attaquer les cohéritiers ou les héritiers du degré ultérieur qui auraient accepté et pris les biens à sa place, et aussi en ce que si d'autres n'avaient pas accepté, les créanciers et légataires dont le droit ne serait pas prescrit pourraient encore l'attaquer en effet. Mais elle en diffère en un point important : c'est qu'elle reconnaît dans l'héritier le droit de pouvoir encore poursuivre les tiers détenteurs et les débiteurs héréditaires qui n'ont point prescrit; véritable inconséquence, puisque s'il a ce droit, il doit l'avoir également vis-à-vis des héritiers du degré subséquent, attendu que ces derniers ne devaient pas s'immiscer dans une succession qui ne leur était pas dévolue : car si, par le seul effet de la saisine, l'héritier se trouve tellement héritier, que sa renonciation seule, et sa renonciation en temps utile, peut le dépouiller de sa qualité, comme on le suppose quand il agit envers les tiers détenteurs et les débiteurs de la succession, par la même raison il ne doit pouvoir perdre sa qualité, et, par suite, son droit

(1) Pas plus qu'un substitué ne peut valablement renoncer tant que l'institué lui-même n'a pas répudié : or les héritiers à des degrés divers sont, par la force de la loi, substitués à ceux qui les précèdent et qui répudient.

(2) Code de Hollande, art. 1105.

(3) Aussi nous réformons en ce point la décision que nous avons donnée à cet égard, transitoirement il est vrai (et seulement comme démonstration de la proposition que la qualité d'héritier n'est pas toujours nécessairement indivisible), dans notre Traité *des Contrats*, tome IV, n° 1191.

vis-à-vis des héritiers du degré ultérieur qui ont pris les biens à sa place depuis moins de trente ans, et même vis-à-vis des cohéritiers, que par une renonciation régulière. Ajoutons que ce système présente les mêmes dangers que le précédent, en laissant l'héritier, qui n'a peut-être pas non plus connu le décès du défunt, mort peut-être en pays lointain, ou les renonciations successives qui auraient été faites par les degrés qui le précédaient, exposé à l'obligation de payer les dettes d'une succession qui, en pareil cas, sera presque toujours mauvaise.

486. Une troisième opinion tend à faire considérer le successible qui n'a pas renoncé dans les trente ans, comme héritier pur et simple, et avec tous les effets attachés à la qualité d'héritier. Ceux qui la professent ne voient, dans le laps de temps écoulé sans renonciation, que la perte de la faculté de renoncer, parce que, selon eux, et à raison de la saisine, l'acceptation n'est rien autre chose que la manifestation de l'intention de ne vouloir pas user de la faculté de renoncer, et non pas l'acquisition de l'hérédité, puisqu'elle était déjà acquise et devenue transmissible dans la personne de l'héritier, avant même qu'il sût qu'elle s'était ouverte à son profit.

Ainsi, selon les partisans de cette interprétation, ces mots de notre article, *la faculté d'accepter ou de répudier*, etc., signifieraient que la faculté d'accepter, à l'effet de se priver du droit de renoncer, ou celle de renoncer, à l'effet de se dépouiller du droit déjà acquis, mais dont on peut ne pas vouloir, se prescrit par trente ans.

On pourrait peut-être fortifier cette interprétation par un argument tiré de la place qu'occupe cet art. 789, qui se trouve à la section des *renonciations*, tandis qu'il eût été mieux placé à celle de l'*acceptation*, si l'on eût jugé que l'acceptation était nécessaire au parent saisi pour devenir héritier.

Et quant à l'objection tirée du principe que *n'est héritier qui ne veut*, on y répond en disant que ce principe sera parfaitement observé si l'héritier saisi, et qui n'a encore point accepté, renonce, comme il en a le droit, mais toutefois en le faisant dans le délai fixé à cet effet; et que puisque la renonciation à une succession ne se présume pas, par conséquent que la volonté de conserver un droit acquis se présume au contraire, on doit dire que si l'héritier ne détruit pas ces deux présomptions par une manifestation d'intention dans les délais fixés par la loi, il demeure ce que l'avait fait la saisine, c'est-à-dire héritier.

Enfin, dans ce système, on répond à cette autre objection tirée de ce que la loi n'a établi que deux manières d'accepter une succession, dont aucune ne se rencontre dans le silence gardé pendant trente ans par le successible, on y répond en disant que sans doute, pour pouvoir, dans les trente ans, perdre la faculté de se dépouiller de la saisine, et du titre d'héritier qui en est la suite, il est nécessaire d'accepter de l'une ou de l'autre de ces manières, sans cela l'on pourrait encore renoncer; tandis qu'on ne le peut plus après avoir accepté. Mais cela ne veut pas dire, ajoute-t-on, qu'après les trente ans on ait encore besoin d'accepter pour ne pouvoir plus renoncer, puisqu'on ne peut plus renoncer, ni même accepter.

Ce système d'interprétation renferme, pour les héritiers, le même danger que les deux précédents; et fût-il la véritable expression de la lettre de la loi, il ne faudrait encore point l'adopter sans tempérament, quoique nous convenions qu'il est moins défavorable à l'héritier que le premier, puisqu'il lui donne du moins action pour avoir les biens qui ne sont point encore prescrits, en quelques mains qu'ils se trouvent, et pour poursuivre les débiteurs héréditaires. Il est même aussi moins désavantageux que le second.

487. Mais justement effrayés des conséquences que ces divers systèmes pourraient entraîner, et que nous venons de signaler, parmi les partisans de ce dernier, les uns (1) accordent encore à l'héritier, après les trente ans, le bénéfice d'inventaire, de manière que tout, en définitive, serait à son avantage (2). Sa négligence, qu'évidemment la loi a voulu punir, en disant que la

(1) Notamment M. Chabot.

(2) Sauf qu'il serait toutefois assujetti au rapport, quand cependant il pourrait être plus avantageux pour lui d'être tout à fait étranger à la succession. Mais l'obligation du rapport sera bien rare en pareille circonstance.

faculté *d'accepter* ou de répudier se prescrit par trente ans, ne lui causerait en réalité aucun préjudice, du moins en ce qui concerne l'objet de la question : comment doit-il être considéré après les trente ans?

D'autres, dont l'opinion s'éloignerait moins des principes sur lesquels repose ce troisième système, n'accordent à l'héritier le bénéfice d'inventaire que dans le cas seulement où il prouverait qu'il n'a pas connu à temps la dévolution qui s'était opérée à son profit, soit immédiatement à cause de son degré de parenté, soit médiatement par l'effet des renonciations de ceux qui le précédaient, laissant aux tribunaux à juger ce point d'après les circonstances de la cause, mais généralement d'après des preuves évidentes qu'il n'a pas, en effet, connu suffisamment à temps la dévolution pour faire sa renonciation dans les trente ans. Ils disent, au surplus, que ce serait seulement *æquitatis causa*, que l'héritier pourrait invoquer ce bénéfice, attendu que ce n'est qu'un mode d'acceptation, prescriptible par conséquent comme l'acceptation elle-même, et que, dans l'espèce, il n'y a plus d'acceptation possible, précisément parce qu'il ne peut plus y avoir de renonciation.

488. Enfin, on interprète encore d'une autre manière cet art. 789. On convient bien que le parent au degré appelé par la loi est héritier *ipso jure*, par le seul effet de la maxime de notre droit français : *Le mort saisit le vif;* mais on soutient que cette règle, introduite dans notre jurisprudence en faveur des héritiers, afin que, à la différence des principes de la législation romaine, ils pussent transmettre la succession à leurs propres successeurs quoiqu'ils ne l'eussent point encore appréhendée avant leur mort, ne doit pas être tournée contre eux, ainsi qu'elle le serait évidemment dans les divers systèmes ci-dessus. On convient aussi sans peine que l'acceptation s'analyse, en définitive, en la privation du droit de renoncer, et que tant qu'il n'y a pas eu de renonciation, l'héritier est considéré comme héritier, puisque, attaqué après les délais pour faire inventaire et délibérer, il doit les frais légitimement faits contre lui, à moins qu'il ne justifie qu'il n'a pas connu le décès, ou que l'éloignement des biens ne lui a pas permis de faire plus tôt l'inventaire, ou que des difficultés ont empêché qu'il ne pût répondre aux demandes des créanciers. Mais on soutient que ces effets sont relatifs à l'héritier qui est encore dans les trente ans, parce qu'il est encore dans le délai utile pour se porter héritier, parce que la faculté *d'accepter* l'hérédité n'est point encore prescrite contre lui, et que le droit résidant encore dans sa personne, il y réside avec toutes ses conséquences tant qu'il n'est pas abdiqué.

En effet, dit-on dans cette opinion, à quoi bon, si l'héritier est tel dans les trente ans pour n'avoir pas répudié, et encore tel après les trente ans pour avoir gardé le silence, à quoi bon avoir déclaré par une disposition expresse que la faculté *d'accepter* ou de répudier se prescrit par trente ans? Il fallait dire tout simplement que la faculté de *répudier* se prescrit par trente ans : c'eût été dire par cela même que l'héritier, faute de renonciation dans ce délai, resterait avec la qualité d'héritier telle qu'il l'avait reçue de la loi.

Cette interprétation, qui consiste à dire que c'est simplement l'alternative qu'il avait de prendre un parti ou l'autre qui est prescrite : d'accepter, pour être déchu du droit de renoncer, ou de renoncer, pour être dévêtu de la qualité d'héritier et se soustraire à ses conséquences; cette interprétation, ajoute-t-on, est évidemment frivole; car on ne conçoit pas comment la prescription pourrait avoir lieu *contre* l'héritier à l'effet de le priver du droit *d'accepter*, et uniquement pour le priver du droit de renoncer, quand, par cela même, il ne renoncerait pas, puisque, dans ce système, il reste toujours héritier.

Ne serait-il pas plus vrai de dire, au contraire, que, tout en déclarant les héritiers saisis de plein droit, nos lois néanmoins n'ont entendu établir la saisine que dans leur intérêt, ou, si l'on veut, dans celui de leurs représentants, afin que l'hérédité fût transmissible à ceux-ci, si les premiers mouraient sans l'avoir encore acceptée, voulant à cet égard s'éloigner des principes généraux de la législation romaine, mais voulant aussi laisser aux héritiers la liberté d'user ou de ne pas user du droit, et fixant pour cela un délai, passé lequel ils seraient censés n'avoir point répondu à l'appel qui leur était fait, tout comme s'ils avaient renoncé expressément, et précisément parce qu'ils auraient perdu la faculté d'accepter? N'est-on pas

autorisé à croire que s'il est vrai que la renonciation à une succession ne se présume pas, cela n'est pas également vrai quand l'héritier a laissé passer trente ans sans toucher aux biens ; car aussi *Nemo res suas jactare præsumitur?* Et cette règle : *La renonciation à une succession ne se présume pas*, n'a-t-elle pas été imaginée dans notre ancienne jurisprudence coutumière précisément par opposition à celle qui était suivie dans quelques coutumes, comme en Normandie et en Poitou, d'après laquelle l'habile à succéder n'était pas présumé avoir la volonté d'accepter, à tel point, ainsi que nous l'avons dit, qu'on ne pouvait le poursuivre, même après les délais pour faire inventaire et délibérer, tant qu'il n'avait pas accepté ? Quoi qu'il en soit, si cette interprétation n'est pas celle qui ressort le plus clairement du texte de cet art. 789, nous sommes persuadé que c'est celle qui est le plus en harmonie avec l'esprit général de la loi ; car enfin nul n'est héritier qui ne veut, et cependant, d'après les divers systèmes que nous venons d'exposer, l'on pourrait se trouver héritier sans avoir connu ni le décès ni même la parenté, et sans avoir eu un temps quelconque pour pouvoir renoncer. Il nous est impossible de croire que la loi ait pu le vouloir ainsi ; l'équité repousse trop fortement de tels systèmes. D'autre part aussi il ne serait pas conforme aux principes de reconnaître encore dans celui qui n'a pas usé de la faculté d'accepter dans les trente ans, le droit de pouvoir réclamer les biens. Il nous paraît donc plus raisonnable de le considérer, dans cet état de choses, comme étranger à l'hérédité pour n'avoir pas voulu répondre à la vocation de la loi, qui était renfermée dans la saisine.

§ II.

Des effets de la renonciation.

489. L'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier (Art. 785) (1).

En conséquence, il conserve contre la succession tous les droits qu'il avait contre le défunt, et qui auraient été éteints par confusion s'il n'eût pas renoncé : la saisine est censée n'avoir jamais eu lieu à son égard ; il est réputé avoir toujours été étranger à l'hérédité.

490. La part du renonçant accroît ou se réunit à celles de ses cohéritiers : s'il est seul de son degré, ou si tous ceux du même degré renoncent, l'hérédité est dévolue au degré subséquent. (Art. 786) (2).

491. La part du renonçant n'accroît toutefois pas à celles de ses cohéritiers indistinctement : elle accroît seulement aux cohéritiers de la ligne à laquelle il appartient, si la succession, comme dévolue à des ascendants ou à des collatéraux, se divise en deux parts égales, moitié pour la ligne paternelle, moitié pour la ligne maternelle (article 733) ; et dans cette hypothèse, elle n'accroîtrait aux héritiers de la ligne opposée que dans le seul cas de dévolution d'une ligne à l'autre, par suite du défaut de successibles dans l'une d'elles, c'est-à-dire dans celle du renonçant. (*Ibid.*) En un mot, la part du renonçant passe, ou par droit d'accroissement ou par droit de dévolution, à celui ou à ceux qui l'auraient eue d'après les règles précédemment expliquées, s'il n'avait pas existé au jour du décès du défunt, puisque sa renonciation fait supposer qu'il n'a jamais été héritier.

492. Ainsi, le défunt décédé sans descendants, ni frères, ni sœurs, ni descendants d'eux, a laissé, par exemple, son père, et, dans la ligne maternelle, son aïeul et son aïeule : cette dernière renonce; sa part, qui eût été du quart de toute l'hérédité si elle eût accepté, accroît à celle de l'aïeul, qui, par ce moyen, aura moitié. (Art. 746) (3).

Si l'aïeul renonce également, et qu'il y ait un bisaïeul dans la même ligne, la moitié affectée à cette ligne appartient tout entière à ce bisaïeul. (*Ibid.*)

Si, dans la même espèce, il n'y a pas d'autres ascendants maternels que l'aïeule et l'aïeul renonçant, ou si tous ceux qui existent renoncent, la part attribuée à cette ligne est dévolue aux plus proches collatéraux de la même ligne (art. 753) (4); mais alors le père a l'usufruit du tiers des biens

(1) Code de Hollande, art. 1104.
(2) Ibid., art. 1105.
(3) Code de Hollande, art. 900.
(4) Ibid., art. 905 et 906.

auxquels il ne succède pas en propriété. (Article 754) (1).

Si, au lieu d'ascendants dans cette ligne maternelle, il n'y a que des collatéraux, par exemple des oncles ou des cousins, nés du même père et de la même mère, ou de pères ou mères différents, n'importe, comme la moitié affectée à cette ligne se partage par tête entre les plus proches parents (art. 755), la part du renonçant accroît à celles des autres parents du même degré; et s'il est seul de son degré, ou si tous ceux du même degré renoncent comme lui, elle passe au successible du degré subséquent; que s'il n'y en a pas, ou si tous ceux qui existent renoncent pareillement, le père, dans l'espèce, a la totalité des biens, par l'effet de la dévolution d'une ligne à l'autre, quand l'une d'elles manque entièrement, soit par défaut de parents, soit par suite de la renonciation de tous ceux qui existent.

493. La chose est également facile à comprendre lorsque la succession est échue à des descendants. Peu importe que ces descendants soient frères ou sœurs consanguins ou utérins, ou qu'ils soient germains : la *germanité* ne donne aucun privilége dans la succession des ascendants, mais seulement dans celle des frères ou sœurs. Tout ce que la loi exige pour y être admis, c'est d'être issu du défunt, d'être capable, non indigne, en degré utile de son chef ou par le bénéfice de la représentation, et de n'avoir pas renoncé. En un mot, des frères germains n'ont pas plus de droit sur la succession de leur père, que le frère simplement consanguin; ils sont seuls, il est vrai, appelés à la succession de leur mère, comme ce dernier l'est à celle de la sienne, mais voilà tout.

Ainsi, quand l'un des enfants renonce à la succession de son père ou de sa mère, sa part accroît à celle de ses frères et sœurs, ou descendants d'eux. Elle ne passerait point à ses enfants, parce qu'on ne représente pas les personnes vivantes, mais celles qui étaient mortes naturellement ou civilement au jour de l'ouverture de la succession (art. 744) (2), et que d'ailleurs vouloir représenter un renonçant, ce serait vouloir représenter un individu qui n'a plus de droits : aussi, comme nous l'avons déjà fait observer (3), c'est sans beaucoup d'utilité que l'art. 787 (4) dit qu'on ne vient jamais par représentation d'un héritier qui a renoncé.

Et quand bien même le renonçant n'eût pas été en concours avec des frères ou sœurs, mais bien avec des enfants ou descendants de ceux-ci, prédécédés, ses enfants n'auraient encore aucun droit à l'hérédité, lors même qu'ils se trouveraient à un degré de parenté plus proche; car les descendants de frères ou sœurs représentant leurs père ou mère, ou aïeuls, ils prendraient la place de ces derniers, et se trouveraient par ce moyen plus proches en degré.

Si tous les frères ou sœurs renoncent, leurs enfants recueillent l'hérédité à leur place, mais ils succèdent par tête (même art. 787); en sorte que s'ils sont, par exemple, quatre, nés d'un renonçant, deux d'un autre, et un seul d'un troisième, la succession se divisera, non pas en trois parts égales, dont l'une se diviserait entre les quatre premiers, une autre entre les deux seconds, et la dernière serait à l'enfant unique : elle se divisera en sept parts égales.

494. Il n'y a pas non plus de difficulté lorsque la succession est déférée à des frères ou sœurs germains, ou descendants d'eux : la part du renonçant accroît à celles des autres frères ou sœurs, ou de leurs représentants. Si tous ceux du premier degré renoncent, la succession se partage par tête entre leurs enfants (*ibid.*); et si l'un de ces mêmes enfants était prédécédé, ayant laissé des enfants, qui seraient les petits-neveux de celui de la succession duquel il s'agit, ces petits-neveux représenteraient fort bien leur père prédécédé, pour avoir la part qu'il aurait eue, quoique ce dernier n'eût pu représenter le sien, qui avait renoncé. La représentation a lieu à l'infini en faveur des enfants et descendants de frères et sœurs, soit qu'ils viennent à la succession concurremment avec des oncles ou tantes, soit que tous les frères ou sœurs du défunt étant prédécédés, la succession se trouve dévolue à leurs descendants en degrés égaux ou inégaux (art. 742) (5).

(1) Code de Hollande, art. 906.
(2) Ibid., art. 894 et 895.
(3) Voyez *supra*, n° 131.
(4) Code de Hollande, art. 1106.
(5) Ibid., art. 891 et 892.

Dans l'espèce, elle n'a lieu, il est vrai, que jusqu'au point où elle a été coupée; mais on ne voit pas pourquoi elle n'aurait pas lieu jusqu'à ce point (1).

Cela n'est pas contraire à la disposition de notre art. 787, qui porte que si tous les cohéritiers renoncent, les enfants viennent de leur chef et succèdent par tête; car nous n'entendons pas que ces petits-neveux, que nous admettons à représenter leur père, aient chacun une part égale à celle de l'enfant de l'autre frère, qui a également renoncé; nous ne leur accordons à eux tous que la part qu'aurait eue leur père s'il eût vécu et qu'il eût accepté; et, sous ce rapport, la succession se partage aussi en réalité par tête.

Notre décision n'est point non plus contraire à l'art. 734 (2), suivant lequel, en rapprochant cet article de celui qui le précède, dans toute succession échue à des ascendants ou à des collatéraux, la division une fois opérée entre les lignes paternelle et maternelle, il ne se fait plus de subdivision, mais la moitié dévolue à chaque ligne appartient à l'héritier ou aux héritiers les plus proches en degré, sauf le cas de la représentation; car précisément nous sommes dans ce cas, puisqu'il s'agit de descendants de frères ou sœurs, qui soutiennent qu'ils ont le droit de représenter leur père, qui n'est ni indigne, ni renonçant, quoiqu'il fût le fils d'un renonçant. S'il vivait, il serait admis; ses enfants doivent donc pouvoir prendre sa place, comme ils l'auraient prise s'il eût été au premier degré, et qu'il eût été prédécédé et non indigne. La raison est absolument la même que dans les cas ordinaires: aussi ne voyons-nous pas que la loi ait fait aucune distinction, ni explicitement, ni implicitement. La représentation a été coupée, il est vrai, par la renonciation de leur aïeul, mais la loi ne dit pas qu'elle ne peut plus avoir lieu dans les degrés ultérieurs: elle se borne à dire qu'on ne peut pas représenter celui qui a renoncé, et ce n'est pas ce dont il s'agit: ses petits-enfants ne demandent pas à le représenter, ce qui leur donnerait tout ce qu'il aurait eu lui-même s'il eût accepté; ils demandent seulement à représenter leur père prédécédé.

Et ce que nous disons à cet égard serait applicable, par la même raison, au cas où le défunt n'aurait laissé qu'un seul frère, qui aurait renoncé ayant des enfants et des petits-enfants d'enfants prédécédés. Si ces petits-enfants n'étaient pas admis à représenter leurs père ou mère, si la succession devait appartenir exclusivement à leurs oncles ou tantes, la renonciation de leur aïeul profiterait évidemment, et à leur préjudice, à ces mêmes oncles ou tantes, qui se trouveraient, de cette manière, avantagés indirectement, et qui, à ce titre, devraient le rapport à la succession de cet aïeul, s'ils l'acceptaient. Mais il n'en doit pas être ainsi: la représentation doit être admise, pour attribuer aux petits-enfants du renonçant la part qu'aurait eue leur père dans un partage par tête, s'il ne fût pas prédécédé.

495. Au surplus, ce n'est pas dans tous les cas de successions déférées à des collatéraux que la part du renonçant accroît aux parents de sa ligne: elle n'accroît pas à ceux qui ne sont pas de sa *qualité*.

Ainsi, quand le défunt a laissé un frère utérin et un frère consanguin, si ce dernier renonce, la part qu'il aurait eue ne passera pas aux collatéraux paternels; elle restera au frère utérin qui, se trouvant seul, a la totalité des biens, à l'exclusion de tous ascendants autres que les père et mère, et des parents collatéraux (art. 750) (3). *Vice versa*, si c'est le frère utérin qui renonce, la part qu'il aurait eue accroît à celle du frère consanguin.

496. Mais, comme nous l'avons dit précédemment (nº 144), si le renonçant laissait un enfant capable de succéder et qui voulût accepter, l'accroissement ne se ferait pas au profit du frère du côté opposé, quoique l'enfant ne pût représenter son père qui a renoncé; car il s'agirait d'une succession déférée à des individus qui ne sont rien l'un à l'autre, d'une succession qui devrait, comme échue à des collatéraux, se partager en deux parts égales, moitié pour les parents de la ligne paternelle, moitié pour ceux de la ligne maternelle,

(1) C'est aussi ce que nous avons dit sur le cas où deux frères indignes, seuls enfants du défunt, ont, l'un un enfant, l'autre des petits-enfants d'un enfant prédécédé: nous appelons ces derniers à représenter leur père, pour venir conjointement avec l'enfant de l'autre indigne. Voyez *suprà*, nº 133.

(2) Code de Hollande, art. 898.

(3) Ibid., art. 903.

conformément à l'art. 733. Or l'enfant du renonçant, quoique neveu du défunt, tandis que l'autre parent est son frère, devrait avoir la part attribuée à sa ligne, attendu qu'ici la proximité du degré n'est pas la seule cause de préférence, la *qualité* des héritiers étant différente. Des enfants de frères ou sœurs, quoique ces derniers eussent renoncé, excluraient très-certainement les ascendants autres que les père et mère du défunt : l'art. 750, en leur donnant ce droit, n'exige pas qu'ils *représentent* leurs père ou mère; il l'attache, ce droit, à leur seule qualité de *descendants* de frères ou sœurs : par la même raison doivent-ils avoir, vis-à-vis d'un frère du défunt qui n'est point leur parent, et en vertu de leur seule qualité d'enfants de frère, la part attribuée à la ligne dans laquelle ils se trouvent. On conçoit que le frère consanguin exclue l'aïeul maternel, et *vice versa;* nous l'avons dit nous-même; parce que les frères ou sœurs, même d'un seul côté, et leurs descendants, ont paru plus favorables que les ascendants autres que les père et mère; mais on ne concevrait pas également pourquoi un enfant de frère serait exclu par un autre frère du défunt, étranger à cet enfant, par cela seul que celui-ci ne peut représenter son père; car la représentation ne doit pas lui être nécessaire, puisqu'il ne concourt pas avec un parent *de sa qualité*, et que dans les successions déférées aux frères et sœurs, ou à leurs descendants, c'est aussi bien la qualité que le degré qui détermine la préférence, raison pour laquelle les germains prennent part dans les deux lignes, tandis que les utérins ou les consanguins ne prennent part que dans la leur.

497. Au reste, s'il y avait deux frères consanguins et deux frères utérins, la part de celui d'entre eux qui renoncerait accroîtrait seulement à la part de celui de sa *qualité;* et, soit que les père et mère du défunt existassent encore tous deux, ou qu'ils fussent tous deux prédécédés, ou que l'un d'eux seulement eût survécu, le droit d'accroissement serait réglé d'après le même principe. S'ils existaient l'un et l'autre, ils auraient la moitié franche de la succession; si l'un d'eux seulement existait, il en aurait le quart (art. 748 et 749) (1); et la moitié ou les trois quarts restant appartiendraient aux frères consanguins ou utérins qui accepteraient l'hérédité, et qui partageraient entre eux cette moitié ou ces trois quarts en deux parts égales, moitié pour les parents de la ligne paternelle, moitié pour ceux de la ligne maternelle, ainsi qu'il est dit aux articles 751 et 752 (2).

498. Enfin, si le défunt laisse pour héritiers tout à la fois des frères ou sœurs consanguins, des frères ou sœurs utérins, et des frères ou sœurs germains, la renonciation d'un consanguin profite bien aussi aux germains comme aux autres consanguins, mais elle ne profite pas aux utérins. Et *vice versa*, la renonciation d'un utérin profite bien à ceux de cette qualité ainsi qu'aux germains, mais elle ne profite pas aux consanguins : le partage ne se fait pas moins d'abord en deux portions égales, moitié pour les parents de la ligne paternelle, et moitié pour ceux de la ligne maternelle (art. 733); seulement ceux de la ligne du renonçant se trouvent, avec les germains, qui prennent part dans les deux lignes (*ibid.* et 752), avoir un moins grand nombre de concurrents, et par conséquent une part plus forte; d'où résulte aussi que si tous les consanguins ou tous les utérins renonçaient, la part qu'ils auraient eue resterait tout entière aux germains. Mais si c'est un germain qui renonce, c'est une tête de moins dans le partage de la part affectée à la ligne paternelle, comme dans le partage de la part affectée à la ligne maternelle; par conséquent tous ceux qui prennent part dans chacune de ces lignes profitent de la renonciation.

499. Lorsqu'il y a des enfants naturels, il importe de voir, quant au bénéfice de l'accroissement, avec qui ces enfants sont en concours.

Si c'est avec des enfants légitimes, et qu'un de ceux-ci renonce, l'accroissement profite à tous les enfants indistinctement. Par exemple, trois enfants légitimes et deux naturels, et une succession de 30,000 fr.; un des légitimes renonce : d'après ce qui a été établi précédemment (3), chaque enfant naturel ayant droit au tiers de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime, il aurait eu

(1) Code de Hollande, art. 901 et 902.
(2) Ibid., art. 902 et 904.

(3) Voyez *supra*, nos 272 et suiv.

par cela même, sans la renonciation, 2,000 fr., ou le quinzième de la succession ; mais comme l'un des enfants légitimes a renoncé, chaque enfant naturel aura le tiers du quart, ou de la portion qu'il aurait eue s'il eût été légitime, c'est-à-dire 2,500 fr. ; et chacun des deux autres enfants légitimes 12,500 fr., au lieu de 8,666 fr. 66 c. seulement qu'il aurait eus s'il n'y avait pas eu de renonciation. Et si l'on suppose que c'est un des enfants naturels qui renonce, l'autre enfant de cette qualité aura bien également 2,500 fr., ou le tiers du quart, mais chacun des légitimes aura 9,166 fr. 66 c.; tandis que sans la renonciation de cet enfant naturel, ils n'auraient eu chacun que le tiers de 26,000 fr., ou 8,666 fr. 66 c.

500. Si les enfants naturels sont en concours avec des ascendants, ou des frères ou sœurs (1), la renonciation d'un ascendant, ou d'un frère, ou d'une sœur, ne profite point aux enfants naturels, qui n'ont toujours que moitié de l'hérédité ; et celle de l'un de ces enfants ne profite pas, *vice versa*, aux ascendants, ou aux frères ou sœurs : elle ne profite qu'aux autres enfants naturels, qui ont également droit, à eux tous, à cette moitié quel que soit leur nombre.

Il en est de même si les enfants naturels sont en concours avec des parents collatéraux : la renonciation de l'un de ceux-ci laisse toujours le quart entier de la succession aux parents légitimes, n'y en eût-il qu'un seul dans une ligne et point dans l'autre ; et celle de l'un des enfants naturels laisse également aux autres, quel qu'en soit le nombre, les trois quarts entiers de l'hérédité.

Mais si l'ascendant ou les ascendants, le frère ou la sœur, ou tous les frères ou sœurs, renoncent, l'enfant ou les enfants naturels profitent de la renonciation, en ce sens que, ne se trouvant plus en concours qu'avec des collatéraux, ils ont droit aux trois quarts au lieu de la moitié ; comme ils auraient droit à la totalité si tous les parents quelconques renonçaient. (Art. 757, 758, 785, analysés et combinés) (2).

501. Nous avons dit que, lorsqu'un héritier renonce, sa part accroît à celle de ses cohéritiers de sa ligne, si la succession se divise par lignes, et que s'il est seul de son degré, elle passe au degré subséquent ; mais on a demandé si ceux de l'autre ligne ne peuvent pas prétendre, quand le renonçant a reçu un don ou un legs, sans clause de préciput ou de hors part, que l'hérédité ne doit se diviser par lignes qu'à la charge par les héritiers qui sont de celle de ce renonçant d'imputer le don ou le legs sur la part qui leur est distribuée, comme s'il eût pris ou reçu tout ou partie de ce qui devait lui revenir dans cette même ligne ?

La raison de douter si cette imputation ne doit pas avoir lieu, c'est que la renonciation de l'héritier pourrait fort bien n'être que le résultat d'un concert entre lui et les cohéritiers de sa ligne, pour se dispenser du rapport, et pour profiter et les faire profiter de l'objet de la libéralité au préjudice des héritiers de l'autre ligne. Mais la raison de décider que l'imputation ne peut être exigée, c'est que le rapport n'est dû que par celui qui vient à la succession, par *l'héritier* à son cohéritier (art. 843 et 857) (3) : or, dans l'espèce, le renonçant est censé n'avoir pas été héritier, par conséquent ce qui est succession *ab intestat* ne doit pas moins se diviser suivant les règles ordinaires par portions égales, moitié pour les héritiers de la ligne paternelle, moitié pour ceux de la ligne maternelle (4).

502. Il faut au surplus remarquer, ainsi que nous avons déjà eu occasion de le dire, que les héritiers, en acceptant la succession, ne peuvent refuser la part d'un renonçant, pour s'en tenir aux portions qui leur étaient primitivement déférées : ils ne peuvent accepter ou répudier que pour le tout ; l'accroissement se fait *etiam invito*. Et s'ils ont déjà accepté au moment où a lieu la renonciation, ils ne peuvent pas davantage refuser la part du renonçant ; ils ont dû prévoir que leur cohéritier pourrait renoncer, et que sa part, d'après la loi et la nature des choses (car

(1) Ou descendants d'eux. Voyez *supra*, nº 288, où, contrairement à la jurisprudence, nous décidons, avec la plupart des interprètes du Code, que l'enfant naturel en concours avec des enfants de frères ou sœurs légitimes n'a que la moitié de la succession, et non pas les trois quarts, attendu que ces enfants de frères ou sœurs *représentent* leur père ou mère.

(2) Code de Hollande, art. 910, 911 et 1104.

(3) Ibid., art. 1132 et 1137.

(4) Ainsi jugé par la cour de Paris, le 1er juillet 1811. (Sirey, 1811, II, 398.)

le défunt ne peut pas être représenté en partie seulement), accroîtrait aux leurs.

503. La renonciation régulièrement faite au greffe du tribunal, par celui qui avait capacité pour la faire, est irrévocable sous les seules limitations qui suivent :

1° Elle pourrait être rescindée si elle n'avait été que la suite de violences exercées contre celui qui l'a faite, ou d'un dol pratiqué envers lui par ceux qui devaient en profiter, ou par l'un d'eux, et même par un tiers (1).

2° Tant que la prescription du droit d'accepter n'est pas acquise contre les héritiers qui ont renoncé, ils ont la faculté d'accepter encore la succession, si elle n'a pas été acceptée par d'autres héritiers ; sans préjudice néanmoins des droits qui peuvent être acquis à des tiers sur les biens de la succession, soit par prescription, soit par actes valablement faits avec le curateur à la succession vacante. (Art. 790.)

3° Les créanciers de celui qui renonce au préjudice de leurs droits peuvent se faire autoriser en justice à accepter la succession du chef de leur débiteur, en son lieu et place, jusqu'à concurrence du montant de leurs créances. (Article 788) (2).

504. Nous allons analyser chacune de ces deux dernières limitations, nous référant, quant à celle relative au cas de dol ou de violence, à ce qui a été dit sur l'acceptation entachée des mêmes vices.

Nous ferons néanmoins observer auparavant que la renonciation faite par un héritier peut être attaquée par tous ceux qui ont intérêt et droit de prétendre qu'il avait déjà accepté lorsqu'il a renoncé, et en conséquence qu'il doit être considéré comme héritier nonobstant sa renonciation postérieure.

Tels sont, en général :

1° Les créanciers de la succession, afin de l'avoir pour obligé, du moins jusqu'à concurrence de sa part héréditaire ;

2° Les légataires de sommes, de quantités ou de choses léguées *in genere* (3), afin qu'il soit obligé envers eux de la même manière ;

3° Les cohéritiers, afin de n'être tenus que pour une part moindre des dettes et des legs de sommes, de quantités ou de choses léguées *in genere*.

505. La disposition qui permet à l'héritier d'accepter la succession après y avoir renoncé, pourvu que la faculté d'accepter ne soit pas prescrite, et que d'ailleurs elle n'ait pas encore été acceptée par d'autres héritiers, est une dérogation au droit romain, suivant lequel l'héritier qui avait renoncé à une succession, soit testamentaire, soit *ab intestat*, perdait tout droit à cet égard, quand bien même elle n'avait pas encore été acceptée par d'autres, pourvu que la renonciation eût été faite à l'époque où elle pouvait avoir lieu, c'est-à-dire depuis l'ouverture de la succession, connue de l'héritier, et depuis l'accomplissement de la condition, aussi connu de lui, si l'institution était conditionnelle (4).

506. Nous avons aussi dérogé à ce droit en sens inverse. Ainsi, d'après l'art. 462 (5) : « Dans « le cas où la succession a été répudiée au nom « du mineur par le tuteur dûment autorisé (6), « *et qu'elle n'a point été acceptée par un autre*, « elle peut être reprise, soit par le tuteur « autorisé à cet effet par une nouvelle délibéra- « tion du conseil de famille (7), soit par le mi- « neur devenu majeur, mais dans l'état où elle « se trouve lors de la reprise, sans pouvoir atta- « quer les ventes et autres actes qui auraient été « légalement faits durant la vacance. » D'où il

(1) *Voyez* plus haut, n° 453 et suivants, pour le cas où l'acceptation a été le résultat de manœuvres pratiquées contre l'héritier, et où nous établissons qu'elle n'en peut pas moins être attaquée quoique le dol ait été commis par un étranger à l'hérédité : or, la raison est la même quant à la renonciation.

(2) Code de Hollande, art. 1107.

(3) Car pour les légataires universels, ou à titre universel, ou même à titre particulier, mais de corps héréditaires, il est clair qu'ils n'ont pas d'intérêt à attaquer sa renonciation, puisque, lors même que personne n'accepterait à sa place, ils auront toujours ce qui leur a été légué, et qui se trouve par cela même dans la succession, et qu'ils ne peuvent rien avoir au delà de ce qui s'y trouve.

(4) L. 13, ff. *de Acquir. vel omitt. heredit.*

(5) Dont les dispositions ont été expliquées au tome III, n°s 577 et suiv. [Code de Hollande, art. 914.]

(6) Et, par la même raison, par le mineur émancipé, aussi d'après une délibération du conseil de famille.

(7) Par le même motif, elle peut l'être également par le mineur devenu émancipé, en vertu d'une nouvelle délibération du conseil de famille.

suit que si elle a été acceptée par un autre, le mineur ne peut plus la reprendre ; au lieu que dans le droit romain, le mineur de vingt-cinq ans, ou l'impubère, pouvait, toutefois en se faisant restituer contre la renonciation qu'il avait faite avec l'autorisation de son tuteur ou de son curateur (1), recouvrer l'hérédité et se la faire rendre par celui qui l'avait acceptée à son refus (2).

Cette différence tient à ce que, dans les principes de cette législation, les mineurs étaient, en général, aussi bien relevés *de prætermissis*, *quam de factis et gestis*; aussi bien pour ce qu'ils avaient manqué de gagner ou de conserver par leur négligence ou imprudence, ou par celle des personnes sous l'autorité desquelles ils étaient placés, que pour ce qu'ils avaient aliéné ou perdu par des actes ou des faits positifs ; tandis que dans la nôtre, les mineurs, au contraire, ne sont généralement point restitués *de prætermissis*, sauf que les longues prescriptions ne courent pas contre eux.

507. Comme l'héritier, mineur ou majeur, qui a répudié l'hérédité, ne peut la reprendre qu'autant qu'elle n'a pas été acceptée par d'autres héritiers, il suit de là :

1° Qu'il est en droit de la reprendre si, en effet, elle n'a point encore été acceptée par d'autres, lors même que les autres héritiers n'auraient point encore renoncé ;

2° Que si un cohéritier de sa ligne, paternelle ou maternelle, a accepté, le renonçant ne peut revenir contre sa renonciation libre et volontaire, parce qu'il ne peut enlever à l'héritier acceptant le bénéfice de l'accroissement, qui s'est opéré de plein droit par l'effet de la renonciation (art. 786) ; attendu d'ailleurs que l'acceptation du cohéritier était indivisible dans ses effets, et que puisqu'il eût été tenu de la part de dettes dont était grevée la portion du renonçant, il serait injuste, et contraire à la règle : *Quem sequuntur incommoda, eumdem debent sequi commoda*, de le priver de l'avantage de l'accroissement, s'il y en a.

Cela ne saurait souffrir la moindre objection sérieuse dans le cas où l'acceptation de l'un des héritiers serait postérieure à la renonciation de l'autre, puisque alors évidemment elle aurait été faite de l'hérédité dans l'état où elle se trouvait, c'est-à-dire avec un héritier de moins, vu que celui qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier ; mais encore cela ne saurait souffrir de difficulté quoique l'acceptation de l'un fût antérieure à la renonciation de l'autre, et que l'acceptant n'eût pas, depuis cette renonciation, fait une acceptation spéciale de la part du renonçant ; car une succession ne s'accepte pas en plusieurs fois ; la loi ne le suppose même pas : le droit d'accroissement qu'elle établit rend superflue et inutile toute acceptation postérieure ; celle qui a eu lieu a par cela même eu lieu avec toutes ses conséquences légales, tant avantageuses que désavantageuses pour celui qui l'a faite.

3° Que même si, faute d'autres héritiers dans la ligne du renonçant, la part attribuée à cette ligne avait été, par l'effet de la renonciation, dévolue à l'autre ligne, dont les héritiers ou l'un d'eux, mais en degré utile, se trouvaient avoir accepté au moment où le renonçant voudrait reprendre l'hérédité, avant ou depuis la renonciation, n'importe, cette acceptation ferait obstacle à ce que le renonçant pût en effet reprendre la succession.

4° Mais si la succession n'avait été acceptée que par un parent, soit de la ligne du renonçant, soit de l'autre ligne, non placé dans l'ordre successible, du moins quant à la part du renonçant, parce qu'il y en avait d'autres, ou même un seul, à qui l'hérédité était déférée de préférence, et qui n'avaient point renoncé, cette acceptation étant nulle, elle ne s'opposerait point à ce que le renonçant pût encore reprendre l'hérédité.

En effet, suivant ce que nous avons dit plus haut (3), une personne ne peut valablement accepter une succession qu'autant qu'elle lui est dévolue au moment où elle l'accepte, c'est-à-dire, qu'autant que, d'une part, cette succession est ouverte, et, d'autre part, que celui qui accepte est appelé par la loi à la recueillir comme plus proche à cette époque, soit par le degré de parenté, soit par la renonciation de ceux qui le précédaient.

(1) LL. 1 et 2, Cod. *si Minor ab hered. se abst.*

(2) *Voy.* le titre, au Code, *si Tutor vel curator intervenerit.*

(3) *Voyez supra*, n° 366, et au tome III, n° 578.

Et cette décision ne resterait pas moins vraie, encore que le parent qui précédait celui qui avait accepté eût ensuite renoncé, et fût par là censé n'avoir jamais été héritier ; quand bien même, en outre, cette dernière renonciation aurait eu lieu avant la rétractation de celui qui est revenu sur ses pas, pourvu d'ailleurs que le parent qui a accepté n'eût pas fait acte d'héritier depuis cette renonciation ; car l'acceptation qui n'a point été faite en temps utile est, comme la renonciation dans le même cas, absolument sans effet.

5° Que si deux cohéritiers présomptifs dans la même ligne avaient renoncé à l'hérédité, et qu'elle n'eût point encore été *utilement* acceptée par d'autres, à leur place, le premier des deux qui révoquerait sa renonciation empêcherait l'autre de reprendre la succession (1) ; car ce dernier la trouverait par cela même acceptée, et avec le droit d'accroissement, qui était attaché à l'acceptation du cohéritier, ce qui rendrait inapplicable la disposition, plutôt de faveur que de droit pur, de l'article 790.

6° Qu'il est indifférent, pour faire obstacle à cette disposition, que celui qui a accepté et qui avait le droit de le faire, ait accepté sous bénéfice d'inventaire ou purement et simplement. On accepte une succession de deux manières, porte l'art. 774 (2) : ou purement et simplement, ou sous bénéfice d'inventaire ; ce qui rend sans force l'argument que l'on voudrait tirer de la place qu'occupe l'article 790. D'ailleurs, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ne soumet pas moins, de droit commun, celui qui l'a faite, à l'obligation du rapport envers ses cohéritiers ; et puisque ce mode d'acceptation est tout en faveur de l'héritier qui veut en user, on ne pourrait, sans blesser tous les principes, le rétorquer contre lui, à l'effet de le considérer comme non avenu, en ce sens qu'il serait encore permis au renonçant de reprendre l'hérédité.

7° Enfin, si l'enfant naturel ou le conjoint survivant s'étaient fait envoyer en possession, à défaut de parents au degré successible dans l'une et l'autre ligne, le droit de l'héritier qui a renoncé serait également éteint. Peu importe que, d'une part, l'art. 790 ne déclare ce droit évanoui qu'autant que la succession n'a pas encore été acceptée par *d'autres héritiers*, et, d'autre part, que les enfants naturels et le conjoint ne soient pas *héritiers*, dans la véritable acception du mot. Ce qu'a évidemment voulu la loi, en empêchant le renonçant de pouvoir reprendre la succession, quand elle avait déjà été acceptée par *d'autres héritiers*, ç'a été de protéger les droits légitimement acquis : or l'enfant naturel et le conjoint avaient celui de se faire envoyer en possession, puisqu'il n'y avait pas d'autres parents que celui qui avait renoncé, lequel, par cela même, était censé ne pas exister. En ce qui concerne la succession, l'expression *héritiers*, employée dans cet article, est une expression générique. D'ailleurs, si la loi eût entendu faire exception à l'égard de l'enfant naturel et du conjoint qui auraient déjà obtenu l'envoi en possession, et les obliger de remettre les biens au renonçant qui veut maintenant accepter, elle eût dû aussi obliger cet héritier à respecter les actes faits par les tiers avec cet enfant naturel ou ce conjoint pendant leur possession, comme elle l'astreint à respecter ceux qui ont été faits avec le curateur pendant la vacance : or, elle n'en parle pas ; c'est donc parce qu'elle n'a pas entendu qu'on pourrait leur enlever les biens par une rétractation de renonciation.

Cependant, nous n'oserions décider la même chose lorsque ce serait l'État qui, après la renonciation de l'héritier, aurait pris les biens, faute d'autres parents dans l'une et l'autre ligne : d'après ce qui a été dit plus haut, il est clair que, s'il y avait eu un parent dans l'ordre successible, quoiqu'il eût été inconnu au moment où l'État aurait pris les biens, l'existence de ce parent, tant qu'il n'aurait pas eu renoncé, aurait fait obstacle à ce que le fisc fût réellement appelé : l'envoi en possession au profit de la régie ne reposant que sur une erreur, il ne ferait point obstacle au droit de l'héritier renonçant, de reprendre les biens ; aussi, dans cette hypothèse, la question ne saurait souffrir, selon nous, de graves difficultés. Elle n'en pourrait souffrir que dans le cas de dévolution réelle, et non erronée, au profit de l'État : eh bien ! dans ce cas-là même, nous la déciderions contre le fisc ; autrement notre article 790 ne recevrait presque

(1) Comme l'observe très-bien M. Chabot

(2) Code de Hollande, art. 1090.

jamais son application, puisque, à défaut d'héritiers, ou lorsque les héritiers ont renoncé, c'est lui qui prend les biens comme biens vacants et sans maître, et par droit de déshérence.

508. Quand, après une renonciation, l'héritier qui l'a faite accepte l'hérédité, parce qu'il est encore en droit de le faire, cet héritier, avons-nous dit, doit respecter les actes légalement faits par le curateur à la succession vacante, et les droits acquis à des tiers par prescription, ou autrement : à tel point (1), qu'il ne pourrait, s'il avait été mineur durant sa renonciation, prétendre, à ce titre, que la prescription n'a pas couru contre lui, pendant sa minorité, au profit des débiteurs de l'hérédité ou des tiers détenteurs des biens qui la composent, nonobstant le double principe, que l'effet de l'acceptation remonte au jour de l'ouverture de la succession (art. 777), et que la prescription ne court pas contre les mineurs (art. 2252) ; car, dans ce cas, c'est plutôt contre la succession vacante qu'elle a couru ; et celui, quel qu'il soit, même un mineur (art. 462), qui reprend l'hérédité à laquelle il avait renoncé, est tenu de respecter tout ce qui s'est légalement fait durant la vacance : or la prescription court légalement contre une succession vacante, même non pourvue de curateur. (Art. 2258.)

509. L'héritier est bien obligé de respecter ce qui a été fait pendant la vacance par le curateur, mais toutefois lorsque les actes ont été valablement faits, lorsque le curateur s'est conformé aux dispositions de la loi en les faisant ; et il a action contre ce curateur, s'il en a été nommé un, pour lui faire rendre compte de sa gestion.

510. La dernière modification que souffre le principe posé plus haut, que la renonciation régulièrement faite est irrévocable, a lieu, comme on l'a dit, en faveur des créanciers de celui qui a renoncé à leur préjudice, lesquels peuvent se faire autoriser en justice à accepter la succession au lieu et place de leur débiteur, jusqu'à concurrence du montant de leurs droits (2). (Art. 788.)

Dans ce cas, la renonciation n'est annulée qu'en faveur des créanciers, et jusqu'à concurrence seulement de leurs créances ; elle ne l'est pas au profit de l'héritier qui a renoncé. (*Ibid.*)

511. Mais il n'y a pas à rechercher s'il a renoncé ou non en vue de leur faire fraude, croyant que son patrimoine était ou non en état de faire face à ses dettes ; il suffit qu'il ait renoncé à leur *préjudice*, comme le dit textuellement la loi : or il peut y avoir préjudice pour les créanciers de l'héritier, dans la renonciation de celui-ci, sans néanmoins qu'il ait eu réellement l'intention de les frauder : par exemple, au moment où il a renoncé, un de ses débiteurs, qui lui devait de fortes sommes, venait de faire faillite ; et il l'ignorait encore ; ou c'était un armateur qui venait de perdre un navire chargé d'une riche cargaison, ou un manufacturier dont la fabrique venait d'être incendiée, sans qu'il connût alors l'événement, et autres cas semblables, dans lesquels le droit romain ne donnait point, il est vrai, l'action révocatoire, parce qu'il fallait pour cela le concours de deux choses : diminution du patrimoine du débiteur par l'effet de l'acte, ce qui faisait que ce débiteur cessait par là d'être solvable en tout ou partie, et intention de la part de celui-ci, en faisant l'acte, de frauder ses créanciers, *consilium et eventus* (3). Mais notre art. 788 n'est pas moins applicable quoique l'intention de faire fraude aux créanciers n'eût pas existé chez le débiteur au moment de sa renonciation.

A la vérité, l'art. 1167 (4), en donnant aux créanciers le droit d'attaquer les actes faits par leur débiteur en *fraude* de leurs droits, semble exiger pour cela que le débiteur ait eu réellement l'intention de les frauder. Tout en admettant cette interprétation comme vraie en principe général, nous n'entrerons néanmoins dans aucune discussion sur ce point maintenant ; nous nous borne-

(1) Ainsi que nous l'avons déja dit, tome III, n° 579.

(2) Il en était autrement en droit romain, L. 6, § 2, ff. *de His quæ in fraud. credit. facta sunt*. L'action paulienne, ou révocatoire, n'avait jamais lieu à l'égard des choses que le débiteur avait négligé d'acquérir, comme une hérédité, un fidéicommis et un legs.

(3) LL. 1 et 10, ff. *Quæ in fraudem, etc.*; et encore fallait-il, lorsque l'acte était à titre onéreux, que celui qui avait traité avec le débiteur qui devenait insolvable par cet acte eût été complice de sa fraude. Mêmes lois, et autres.

(4) Code de Hollande, art. 1377.

rons, quant à présent, à dire qu'en matière de renonciation à succession, il faut s'en tenir à la disposition textuelle de l'art. 788, qui n'exige pas, pour que les créanciers du renonçant puissent attaquer sa renonciation, qu'il ait renoncé en *fraude* de leurs droits, mais qui dit simplement que la renonciation faite à leur *préjudice* peut être attaquée par eux jusqu'à concurrence du montant de leurs créances.

512. Comme il faut toutefois qu'elle ait eu lieu à leur préjudice, on doit tirer de là la conséquence que les créanciers postérieurs ne pourraient l'attaquer ; car il serait impossible de dire avec quelque vérité qu'elle a eu lieu à leur préjudice. Aussi, dans le droit romain, ceux des créanciers d'un débiteur qui avait fait des actes frauduleux, ne pouvaient-ils les attaquer lorsqu'ils n'étaient devenus créanciers que postérieurement auxdits actes (1).

Nous dirons même que les créanciers antérieurs à la renonciation ne pourraient l'attaquer, si, nonobstant cette renonciation, il restait encore suffisamment de biens à leur débiteur pour faire face à toutes ses obligations existantes alors, quand ce débiteur n'est devenu insolvable que depuis, par des revers de fortune. Cela n'eût pas été douteux non plus dans le droit romain, quant à l'exercice de l'action révocatoire. On ne peut pas dire en effet, dans ce cas, que la renonciation a eu lieu au *préjudice* des créanciers du renonçant, puisqu'il ne cessait pas d'être solvable en la faisant, comme dans le cas supposé au numéro précédent.

Objecterait-on que s'il n'eût pas renoncé, l'hérédité se trouverait dans son patrimoine, et servirait à payer ses créanciers antérieurs à la renonciation? Mais alors il n'y aurait plus de raison pour s'arrêter : d'après le même principe, tout créancier antérieur à un acte par lequel son débiteur aurait diminué son patrimoine, devrait pouvoir attaquer cet acte, quoique alors il ne lui préjudiciât réellement pas ; et par cela seul qu'un individu aurait quelques dettes, il se trouverait, de fait, placé dans l'impuissance de contracter, d'aliéner, de disposer, puisque personne, dans la crainte qu'il ne devînt ensuite insolvable avant d'avoir payé ces mêmes dettes, n'oserait traiter avec lui; il n'y aurait plus de sécurité. Mais les lois qui ont, avec raison, voulu protéger les droits des créanciers, n'ont jamais entendu lier ainsi les débiteurs ; elles se sont contentées d'autoriser l'annulation des actes faits au préjudice de ces mêmes droits, par conséquent les actes qui causaient eux-mêmes ce préjudice.

513. Et ceux-là seuls auxquels la renonciation a réellement préjudicié se distribuent les biens qui composent la part du renonçant dans l'hérédité, et jusqu'à concurrence du montant de leurs créances.

Ce n'est point leur accorder un privilége sur les créanciers postérieurs ; car ce ne sont pas les biens du débiteur commun qu'ils réclament, puisqu'il y a renoncé, et que sa renonciation n'a eu lieu qu'à leur préjudice seulement.

514. Et puisque, aux termes de l'art. 1328 (2), les actes sous seing privé n'ont de date certaine contre les tiers, que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance a été constatée dans des actes dressés par des officiers publics tels que procès-verbaux de scellé ou d'inventaire, il s'ensuit que le créancier porteur d'un acte qui n'avait pas acquis date certaine de l'une des manières ci-dessus, à l'époque où la renonciation a eu lieu, ne peut l'attaquer, ni s'adjoindre à ceux qui l'attaqueraient, pour prendre part à la distribution qui se ferait du produit des biens composant la part du renonçant.

515. Si le renonçant avait reçu un don ou un legs, qu'il eût dû rapporter ou laisser dans la succession au cas où il aurait accepté, et dont la délivrance lui a été faite, nul doute que ses créanciers, qui attaquent sa renonciation, ne dussent faire ce rapport, au moins fictivement, par imputation, sur ce qui pouvait lui revenir : ils acceptent en son lieu et place, par conséquent ils sont tenus de remplir l'obligation dont il aurait été tenu : ils ne peuvent avoir plus de droits qu'il n'en avait.

(1) L. 10, § 1, ff. *Quæ in fraud. credit*

(2) Code de Hollande, art. 1917

516. S'il y a des dettes, ou des legs à titre particulier de sommes, de quantités ou de choses léguées *in genere*, il est clair aussi que les créanciers qui attaquent la renonciation doivent souffrir, sur les biens formant la part du renonçant, la défalcation de la portion de dettes et de charges dont il aurait été tenu, et que par sa renonciation il a rejetée sur ses cohéritiers : il n'y a de biens que dettes et charges déduites. Il serait d'ailleurs injuste que les cohéritiers fussent obligés de payer cette part de dettes et charges, pour exercer ensuite leur recours contre un homme que l'on suppose insolvable.

Ces diverses défalcations une fois faites, le surplus des biens composant cette part sera abandonné aux créanciers antérieurs à la renonciation, et encore seulement jusqu'à due concurrence du montant de leurs créances.

517. Au surplus, les cohéritiers peuvent écarter la demande en annulation de la renonciation, en payant ces créanciers; et lorsque la somme de dettes du renonçant ne dépassera pas la valeur de la portion de biens qui lui serait revenue, toutes défalcations faites, ce sera même le meilleur parti à prendre, puisqu'ils éviteront par là une liquidation plus ou moins semée de difficultés, et l'intervention d'étrangers dans les affaires de la succession.

Nous ne doutons même pas, et tels étaient les principes admis dans le droit romain pour que les créanciers pussent exercer l'action paulienne (1), que les cohéritiers ne soient en droit d'exiger, avant que la renonciation puisse être annulée, que le débiteur renonçant soit discuté dans ses biens. En disant que les créanciers d'un héritier qui a renoncé peuvent attaquer la renonciation faite à leur *préjudice*, la loi n'accorde par cela même l'action en annulation qu'à la charge de cette discussion, puisqu'elle seule peut démontrer si, en effet, la renonciation a eu lieu à leur préjudice ; car celui qui serait encore solvable malgré l'acte que ses créanciers voudraient attaquer, ne leur aurait évidemment pas fait préjudice par cet acte. Et dans ce cas, la *discussion* du débiteur n'est pas un *bénéfice*, comme celle requise par une caution à l'égard du débiteur principal (article 2021) (2). C'est tout simplement la démonstration, de la part des créanciers du renonçant, qu'ils sont dans le cas prévu par la loi, savoir, que la renonciation a été faite par leur débiteur à leur préjudice, parce qu'elle l'a rendu insolvable en tout ou partie : d'où nous concluons que les cohéritiers ne sont point obligés d'en avancer les frais, ni d'indiquer tels ou tels biens.

518. Les créanciers qui attaquent la renonciation présentent requête au tribunal pour obtenir l'autorisation d'accepter au lieu et place de leur débiteur, et jusqu'à concurrence du montant de leurs créances ; la requête doit être signifiée aux cohéritiers, afin qu'ils aient à contredire, s'il y a lieu, et s'ils l'estiment convenable. En conséquence, ils doivent être assignés pour voir déclarer la renonciation annulée dans l'intérêt des créanciers ; mais quand la succession se divise par lignes, il n'est généralement besoin de mettre en cause que les cohéritiers de la ligne du renonçant.

519. Si la succession n'avait point encore été acceptée par les cohéritiers, les créanciers du renonçant n'auraient pas besoin de les mettre en cause ; ils n'auraient même pas besoin, selon nous, de se pourvoir en justice pour faire annuler la renonciation et accepter la succession jusqu'à concurrence du montant de leurs créances ; ils exerceraient le droit que l'art. 790 accorde à leur débiteur, de reprendre la succession, et tous les créanciers quelconques du renonçant, soit postérieurs, soit antérieurs à la renonciation, pourraient accepter à sa place, en vertu de l'art. 1166. Dans ce cas, les créanciers antérieurs ne seraient pas préférés aux créanciers postérieurs, puisque tous exerceraient un droit qui appartiendrait au débiteur commun. On suivrait les règles ordinaires, suivant lesquelles tous les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers, qui s'en distribuent le prix entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait des causes légitimes de préférence. (Art. 2093) (3).

(1) *Ita demum revocatur quod fraudandorum creditorum causa factum est, si eventum fraus habuit : scilicet et si hi creditores quorum fraudandorum causa fecit,* BONA IPSIUS VENDIDERUNT. L. 10, § 1, ff. *Quæ in fraud. credit.*

(2) Code de Hollande, art. 1868 et 1869.

(3) Ibid., art. 1178.

520. Il en serait de ce cas comme si la succession n'avait point encore été répudiée par le débiteur : dans cette hypothèse, tous ses créanciers indistinctement pourraient exercer, à l'égard de cette succession comme à l'égard de tout autre droit non exclusivement attaché à la personne, celui qu'il a d'accepter l'hérédité, et ils n'auraient pas besoin pour cela d'obtenir l'autorisation de la justice ; cette autorisation n'est prescrite que pour faire annuler une renonciation faite par l'héritier. Aussi pourraient-ils provoquer le partage contre les autres héritiers, afin de faire vendre ensuite les objets échus au lot de leur débiteur, et être payés sur le prix provenant de la vente.

FIN DU TROISIÈME VOLUME (SIXIÈME DE L'ÉDITION DE PARIS).

CODE FRANÇAIS.	DEUX-SICILES.	CODE DE LA LOUISIANE.	CODE SARDE.
TITRE III. DE L'USUFRUIT, DE L'USAGE ET DE L'HABITATION. CHAPITRE Ier. *De l'usufruit.* 578. L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance. 579. L'usufruit est établi par la loi ou par la volonté de l'homme. 580. L'usufruit peut être établi, ou purement, ou à certain jour, ou à condition. 581. Il peut être établi sur toute espèce de biens meubles ou immeubles.	TITRE III. DE L'USUFRUIT, DE L'USAGE ET DE L'HABITATION. CHAP. Ier. *De l'usufruit.* 503 à 506. *Comme* 578 à 581, C. F.	TITRE III. DE L'USUFRUIT, DE L'USAGE ET DE L'HABITATION. CHAPITRE Ier. *De l'usufruit.* SECTION PREMIÈRE. Dispositions générales. 525. *Comme* 578, C. F. 526. Il y a deux espèces d'usufruit : L'usufruit parfait, qui est celui des choses dont l'usufruitier peut jouir sans en changer la substance ; Et l'usufruit imparfait, ou quasi-usufruit, qui est celui des choses qui seraient inutiles à l'usufruitier, s'il ne les consommait, ou n'en changeait la substance, comme l'argent, les grains, etc. 527. L'usufruit parfait ne transporte pas à l'usufruitier la propriété des choses sujettes à cet usufruit. 528. L'usufruit imparfait, au contraire, transfère à l'usufruitier leur propriété. 529. L'usufruit est une chose corporelle qui consiste dans un droit. 530-532. L'usufruit est divisible et peut être établi par toutes sortes de titres. 533. *Comme* 581, C. F. 534-535. *Comme* 580, C. F.	TITRE III. DE L'USUFRUIT, DE L'USAGE ET DE L'HABITATION. CHAPITRE Ier. *De l'usufruit.* 488 à 491. *Comme* 578 à 581, C. F. 492. Les droits et les devoirs de l'usufruitier se règlent par le titre constitutif de l'usufruit ; la loi, si elle ne dispose autrement, ne fait que suppléer au silence du titre.
SECTION PREMIÈRE. Des droits de l'usufruitier. 582. L'usufruitier a le droit de jouir de toute espèce de fruits, soit naturels, soit industriels, soit civils, que peut produire l'objet dont il a l'usufruit. 583. Les fruits naturels sont ceux qui sont le produit spontané de la terre. Le produit et le croît des animaux sont aussi des fruits naturels. Les fruits industriels d'un fonds sont ceux qu'on obtient par la culture. 584. Les fruits civils sont les loyers des maisons, les intérêts des sommes exigibles, les arrérages de rentes. Les prix des baux à ferme sont aussi rangés dans la classe des fruits civils. 585. Les fruits naturels et industriels, pendants par branches ou par racines au moment où l'usufruit est ouvert, appartiennent à l'usufruitier. Ceux qui sont dans le même état au moment où finit l'usufruit, appartiennent au propriétaire, sans récompense de part ni d'autre des labours et des semences ; mais aussi sans préjudice de la portion des fruits qui pourrait être acquise au colon partiaire, s'il en existait un au commencement ou à la cessation de l'usufruit. 586. Les fruits civils sont réputés s'acquérir jour par jour, et appartiennent à l'usufruitier, à proportion de la durée de son usufruit. Cette règle s'applique aux prix des baux à ferme, comme aux loyers des maisons et aux autres fruits civils. 587. Si l'usufruit comprend les choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs, l'usufruitier a le droit de s'en servir, mais à la charge d'en rendre de pareille quantité, qualité et valeur, ou leur estimation, à la fin de l'usufruit. 588. L'usufruit d'une rente viagère donne aussi à l'usufruitier, pendant la durée de son usufruit, le droit d'en percevoir les arrérages, sans être tenu à aucune restitution. 589. Si l'usufruit comprend des choses qui, sans se consommer de suite, se détériorent peu à peu par l'usage, comme du linge, des meubles meublants, l'usufruitier a le droit de s'en servir pour l'usage auquel elles sont destinées, et n'est obligé de les rendre, à la fin de l'usufruit, que dans l'état où elles se trouvent, non détériorées par son dol ou par sa faute. 590. Si l'usufruit comprend des bois taillis, l'usufruitier est tenu d'observer l'ordre et la quotité des coupes, conformément à l'aménagement ou à l'usage constant des propriétaires ; sans indemnité toutefois	SECTION Ire. Des droits de l'usufruitier. 507 à 512 *Comme* 582 à 587, C. F. 513. L'usufruit d'une rente viagère ne donne pas le droit à l'usufruitier de percevoir les arrérages antérieurs à son usufruit, mais d'exiger les arrérages échus et non payés pendant son usufruit. 514 à 522. *Comme* 589 à 597, C. F. 523. *Comme* 568, C. F. *On a supprimé la dernière phrase du premier alinéa, à commencer des mots:* Et néanmoins s'il etc. 524. *Comme* 599, C. F.	SECTION II. Des droits de l'usufruitier. 536-537. *Comme* 583-584, C. F. 538. *Comme* 582, C. F. *On a supprimé in fine depuis ces mots :* Mais aussi sans préjudice, etc. 539. Les enfants des esclaves sujets à l'usufruit, nés pendant sa durée, appartiennent au propriétaire et à l'usufruitier pour la jouissance de leurs services. 540. *Comme* 586, C. F. 541. L'usufruit d'une maison emporte sa jouissance, celle de ses fruits et des ustensiles qui y sont à perpétuelle demeure. 542. *Comme* 587, C. F. 543. *Comme* 589, C. F. *Il est ajouté :* Si ces choses sont consommées par l'usage à la fin de l'usufruit, l'usufruitier est dispensé de les représenter. 544. L'usufruitier a le droit de retirer tous les émoluments que la chose sujette à l'usufruit a coutume de produire. 545. *Comme* 598, C. F. 546. *Comme* 596, C. F. *Il est ajouté :* Mais il n'en est pas de même de l'île qui se forme dans une rivière navigable, vis-à-vis de ce fonds ; elle appartient aux propriétaires riverains, et l'usufruitier n'y a aucun droit. Il n'a aucun droit sur le trésor trouvé dans les fonds dont il a l'usufruit. 547. *Comme* 597, C. F. 548. *Comme* 1re *partie* 595, C. F. *Il est ajouté :* Mais tous les contrats qu'il passe à cet égard sont résolus par l'extinction de son usufruit. 549. L'usufruitier peut exercer toutes les actions qui tiennent à son droit.	SECTION PREMIÈRE. Des droits de l'usufruitier. 493 à 495. *Comme* 582-585-586, C. F. 496. Les lots emphytéotiques appartiennent à l'usufruitier. 497. *Comme* 587, C. F. 498. *Comme* 588, C. F. *Il est ajouté :* Les arrérages de rente viagère lui sont acquis jour par jour, et il devra restituer l'excédant qu'il aurait reçu dans les payements faits par anticipation 499 à 504. *Comme* 589 à 594, C. F. 505 - 506 - 507 *Comme* 575-1429-1430, C. F. 508. *Comme* 596-599, C. F.
	SECTION II. De l'obligation de l'usufruitier. 525. *Comme* 600, C. F. *Il est ajouté à la fin.* A moins qu'il n'en soit dispensé par l'acte même constitutif de l'usufruit.	SECTION III. Des obligations de l'usufruitier. 550. *Comme* 600, C. F. 551. *Comme* 1re *partie* 601, C. F. 552. Le montant de ce cautionnement sera de la valeur estimative des biens meubles et des esclaves sujets à l'usufruit, et en outre de telle autre somme qui sera fixée par le juge, pour répondre des dégradations que l'usufruitier pourrait y commettre. 553. *Comme* 601, C. F. *dernière partie.*	SECTION II. Des obligations de l'usufruitier. 512 à 518. *Comm*[e] 600 à 606, C. F. 519. Si une pa[r]tie du bâtiment, q[...]

CANTON DE VAUD.

TITRE III.

DE L'USUFRUIT, DE L'USAGE ET DE L'HABITATION.

CHAP. 1er.

De l'usufruit.

363 à 368 *Comme* 578 à 581, C. F.

SECTION 1re.

Des droits de l'usufruitier.

369. Les droits de l'usufruitier se règlent par le titre qui les a établis, et reçoivent, d'après ses dispositions, plus ou moins d'étendue.

La loi ne fait ici que suppléer au silence du titre.

370 à 377. *Comme* 582 à 589, C. F.

378. *Comme* 590, C. F., *dernier* § *non reproduit.*

379 à 382.

CODE HOLLANDAIS.

TITRE IX.

DE L'USUFRUIT.

SECTION PREMIÈRE. De la nature de l'usufruit et de la manière de l'acquérir.

803. *Comme* 578, C. F.

804. *Comme* 587, C. F.

805. L'usufruit peut être constitué en faveur d'une ou de plusieurs personnes déterminées, pour en jouir, soit conjointement, soit successivement.

En cas de jouissance successive, l'usufruit n'aura lieu qu'en faveur des personnes qui existeront au moment où s'ouvre le droit du premier usufruitier.

806. *Comme* 579, C. F.

807. Le titre de l'usufruit d'un immeuble devra être transcrit sur les registres publics à ce destinés.

S'il s'agit d'un bien meuble, la tradition fait acquérir le droit réel.

SECTION II. Des droits de l'usufruitier.

808. *Comme* 582, C. F.

809. *Comme* 585, C. F.

810. *Comme* 586, *première partie* C. F.

811. *Comme* 588, C. F. *Il est ajouté :* Si la rente viagère est payable par anticipation, l'usufruitier a droit à la totalité du terme qui a dû être payé pendant la durée de l'usufruit.

812. *Comme* 589, C. F.

813. *Comme* 590, 1er §. C. F.

814-815. *Comme* 591-592, C. F.

816. *Comme* 593, C. F. *Il est ajouté :* Il n'a pas le droit de couper du bois pour son chauffage, mais il peut prendre sur les arbres les produits annuels ou périodiques, le tout suivant l'usage du pays ou la coutume du propriétaire.

817. *Comme* 590, 2e §, C. F.

818. *Comme* 594, C. F.

819. L'usufruitier peut jouir par lui-même, donner à loyer ou à ferme, ou même vendre ou céder son droit à titre gratuit, en se conformant aux usages locaux; à défaut de ces usages, une maison ne pourra être louée pour plus de quatre ans, ni un champ pour plus de sept ans. (595, C. F.)

820. Les baux et loyers faits deux ans après le commencement de l'usufruit, pourront être annulés sur la demande du propriétaire, si l'usufruit finit pendant leur durée (595, C. F. *diff.*)

821. *Comme* 596-597, C. F.

822-823. *Comme* 568. *La dernière partie du premier § est retranchée.*

824. L'usufruitier n'a aucun droit au trésor qui pourrait être découvert par un autre, pendant la durée de l'usufruit, dans le fonds dont il jouit. (598, C. F. *dernière partie.*)

CODE BAVAROIS.

LIVRE II.

CHAPITRE IX.

DE L'USUFRUIT.

1. L'usufruit est le droit de se servir du bien d'autrui. (578, C. F.)

2. Il s'établit :

1° Par la volonté de l'homme;

2° Par la prescription de 10 et 20 ans, ou 30 ans s'il n'y a pas de titres;

3° Par la loi;

4° Par arrêt;

5° Par le partage des biens. (579, C. F.)

L'usufruit peut n'être que partiel, sans pour cela changer sa nature.

La propriété peut être léguée à une personne, et l'usufruit à une autre.

3. L'usufruit peut être établi sur toutes sortes de choses. (581, C. F.)

Si un mari lègue à sa femme l'usufruit de sa succession entière, et qu'il laisse des enfants, elle n'a le droit d'en jouir que pour ses besoins personnels; pour le reste, elle est tenue d'en rendre compte aux enfants. (1094, C. F., *diff.*)

4. Tous les fruits naturels et civils appartiennent à l'usufruitier. Il peut se servir de la propriété, non-seulement pour ses besoins, mais encore pour son agrément.

Il a une action personnelle contre son constituant et ses héritiers, et une action confessoire contre ceux qui le troublent dans sa jouissance. Il peut revendiquer les fruits séparés du sol par un tiers ou par cas fortuit. Les fruits naturels pendants par racines, au moment de son entrée en jouissance lui appartiennent, mais il remboursera les frais de labours. (585, C. F., *diff.*) Quant aux fruits civils de l'année courante, ils seront répartis au *prorata* entre lui et le propriétaire. (586, C. F.)

Des obligations de l'usufruitier.

5. L'usufruitier doit, à la fin de son usufruit, resti-

CODE AUTRICHIEN.

CHAPITRE VII.

DES SERVITUDES.

L'USUFRUIT *est considéré comme une servitude personnelle, et est soumis aux mêmes règles.* (578, C. F., *diff.*)

472. Par le droit de servitude, tout propriétaire est tenu de souffrir ou de ne pas faire une chose par rapport à sa propriété; c'est un droit réel qui frappe sur la chose soumise à la servitude.

473. Les servitudes sont ou foncières ou personnelles.

L'USUFRUIT, L'USAGE, L'HABITATION *sont compris dans cette dernière classification.*

481. Il faut que le droit d'usufruit ou de servitude soit inscrit sur les registres publics.

509. L'usufruit est le droit de jouir sans aucune limitation, d'une chose dont un autre a la propriété, en conservant la substance. (578, C. F.)

510. Les choses fongibles ne font pas l'objet d'un usufruit; mais leur valeur en est seule susceptible.

L'usufruitier peut librement disposer de l'argent comptant; mais il n'a droit qu'aux intérêts de l'argent, s'il est déjà placé.

513. L'usufruitier doit se servir en bon père de famille des choses soumises à son usufruit; mais il ne répond pas de celles qui se consomment par l'usage. (589, C. F.)

507. Il peut céder son droit de jouissance. (595, C. F.)

511. Il a droit aux fruits ordinaires et extraordinaires tels que les coupes de bois, ou

CODE PRUSSIEN.

PARTIE I. — TITRE XXI.

DU DROIT SUR L'USAGE OU LES FRUITS DE LA PROPRIÉTÉ D'AUTRUI.

10. Le droit de jouir des choses d'autrui, peut être établi par convention, fondé par la loi, ou acquis par prescription. (578, 579, C. F.)

Il constitue un droit réel, si l'usager a la possession de la chose; ainsi le changement de propriétaire ne porte aucune atteinte à son exercice.

A l'égard des servitudes, l'inscription sur les registres publics équivaut à la possession. Si l'usager n'a pas cette possession, son droit n'est que personnel contre le propriétaire actuel, sauf l'usufruit légal du père sur les biens de ses enfants mineurs.

11, 18. Celui qui a l'usage ou l'usufruit d'une chose, doit supporter les frais et les charges sans lesquels il ne pourrait jouir des fruits. (608, C. F.) Il est tenu de la conserver dans l'état où il l'a reçue; mais il ne répond ni des détériorations naturelles ni des accidents.

19, 20. A moins de convention contraire l'usager ou l'usufruitier n'est pas tenu de fournir caution. Il pourra néanmoins y être contraint par jugement s'il y a lieu de craindre un abus de sa part. (601, C. F. *diff.*)

21. Si l'usager a éprouvé un préjudice par suite de la qualité vicieuse de la chose, le propriétaire doit l'indemniser.

22. Le droit d'usage parfait, ou le droit de se servir d'une chose en bon père de famille sans autre limitation, s'appelle droit d'usufruit. (578, C. F.)

23. 24. L'usufruitier a le droit de tirer de la chose tous les fruits ordinaires et extraordinaires, même des alluvions et accessions. (582, C. F.)

25. Mais il ne peut rien changer à la substance de la chose, sans le consentement du propriétaire. (578, C. F.)

29. L'usufruitier n'a aucun droit sur les fruits déjà séparés des racines, ni sur les rentes et autres redevances échues au moment de son entrée en jouissance. (585, 586, 1re *partie*, C. F.)

32. L'usufruitier profite des parties de bois mises en coupes réglées en observant les époques de l'aménagement. (590, C. F.)

41. Il n'a aucun droit sur les trésors trouvés dans le fonds

CODE FRANÇAIS.

en faveur de l'usufruitier ou de ses héritiers, pour les coupes ordinaires, soit de taillis, soit de baliveaux, soit de futaie, qu'il n'aurait pas faites pendant sa jouissance.

Les arbres qu'on peut tirer d'une pépinière sans la dégrader, ne font aussi partie de l'usufruit, qu'à la charge par l'usufruitier de se conformer aux usages des lieux pour le remplacement.

591. L'usufruitier profite encore, toujours en se conformant aux époques et à l'usage des anciens propriétaires, des parties de bois de haute futaie qui ont été mises en coupes réglées, soit que ces coupes se fassent périodiquement sur une certaine étendue de terrain, soit qu'elles se fassent d'une certaine quantité d'arbres pris indistinctement sur toute la surface du domaine.

592. Dans tous les autres cas, l'usufruitier ne peut toucher aux arbres de haute futaie; il peut seulement employer, pour faire les réparations dont il est tenu, les arbres arrachés ou brisés par accident; il peut même, pour cet objet, en faire abattre, s'il est nécessaire, mais à la charge d'en faire constater la nécessité avec le propriétaire.

593. Il peut prendre dans les bois, des échalas pour les vignes; il peut aussi prendre sur les arbres des produits annuels ou périodiques; le tout suivant l'usage du pays ou la coutume des propriétaires.

594 Les arbres fruitiers qui meurent, ceux même qui sont arrachés ou brisés par accident, appartiennent à l'usufruitier, à la charge de les remplacer par d'autres.

595. L'usufruitier peut jouir par lui-même, donner à ferme à un autre, ou même vendre ou céder son droit à titre gratuit. S'il donne à ferme, il doit se conformer, pour les époques où les baux doivent être renouvelés, et pour leur durée, aux règles établies pour le mari à l'égard des biens de la femme, au titre *du Contrat de mariage et des Droits respectifs des époux*.

596. L'usufruitier jouit de l'augmentation survenue par alluvion à l'objet dont il a l'usufruit.

597. Il jouit des droits de servitude, de passage, et généralement de tous les droits dont le propriétaire peut jouir, et il en jouit comme le propriétaire lui-même.

598. Il jouit aussi, de la même manière que le propriétaire, des mines et carrières qui sont en exploitation à l'ouverture de l'usufruit, et néanmoins, s'il s'agit d'une exploitation qui ne puisse être faite sans une concession, l'usufruitier ne pourra jouir qu'après en avoir obtenu la permission du roi.

Il n'a aucun droit aux mines et carrières non encore ouvertes, ni aux tourbières dont l'exploitation n'est point encore commencée, ni au trésor qui pourrait être découvert pendant la durée de l'usufruit.

599. Le propriétaire ne peut, par son fait, ni de quelque manière que ce soit, nuire aux droits de l'usufruitier.

De son côté, l'usufruitier ne peut, à la cessation de l'usufruit, réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée.

Il peut cependant, ou ses héritiers, enlever les glaces, tableaux et autres ornements qu'il aurait fait placer, mais à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état.

SECTION II. Des obligations de l'usufruitier.

600. L'usufruitier prend les choses dans l'état où elles sont; mais il ne peut entrer en jouissance

DEUX-SICILES.

526 à 541. *Comme* 601 à 616, C. F.

SECTION III.

Comment l'usufruit prend fin.

542 à 546. *Comme* 617 à 624, C. F.

CHAP. II.

De l'usage et de l'habitation.

530 à 536. *Comme* 625 à 630, C. F.

537. Le droit d'habitation dans la maison équivant à l'usage de cette maison; dès lors l'ayant droit peut s'en servir pour tout ce qui est nécessaire au logement de sa famille, quand même il ne se serait marié que postérieurement à la concession de ce droit.

538. *Comme* 635, C. F.

CODE DE LA LOUISIANE.

554. Si l'usufruitier vend, donne, loue ou afferme son droit, il est, ainsi que sa caution, responsable de l'abus que celui, à qui il a transmis ses droits, ferait des choses sujettes à l'usufruit.

555. L'usufruitier peut suppléer au cautionnement par une hypothèque spéciale sur ses biens-fonds situés dans cet État.

556-557. *Comme* 602-603, C. F.

558. L'usufruitier est obligé de souffrir la servitude qui existait sur le fonds dont il a l'usufruit, au moment où son droit s'est ouvert.

559. *Comme* 604, C. F.

560. L'usufruitier doit agir en bon père de famille.

561. L'usufruitier peut faire les améliorations et réparations utiles ou nécessaires, et même pour son seul plaisir. Mais à l'égard des bâtiments existants lors de l'ouverture de l'usufruit, il doit les conserver tels qu'ils lui ont été transmis; et il ne peut en changer la forme ni la distribution, sans le consentement du propriétaire.

562. L'usufruitier d'esclaves ne doit pas les employer à d'autres services qu'à ceux auxquels ils sont accoutumés.

563. L'usufruitier ne peut achever l'édifice commencé par le propriétaire, ni faire de nouvelles constructions sur le fonds dont il a l'usufruit, qu'autant que ces édifices sont nécessaires pour l'exploitation de ce fonds, ou pour mettre ses récoltes à couvert.

Mais il ne peut pas détruire ce qu'il a construit, ni en enlever les matériaux; il est obligé d'abandonner le tout au propriétaire, à la fin de son usufruit, sans indemnité.

564. *Comme* 608, C. F.

565. *Comme* 605, C. F.

566. *Comme* 606, C. F.

567. L'usufruitier peut être contraint à faire les réparations dont il est tenu, et ce à dire d'experts, à peine de dommages et intérêts.

568. Si, dans l'intervalle qui s'est écoulé entre l'ouverture de l'usufruit et la mise en possession de l'usufruitier, le propriétaire a fait des réparations qui étaient à la charge de l'usufruitier, le propriétaire pourra en réclamer le prix, et retenir les choses sujettes à l'usufruit, jusqu'au remboursement.

569. L'usufruitier se décharge de toute obligation en abandonnant son usufruit.

570. L'usufruitier n'a pas d'action contre le propriétaire pour le contraindre à faire les grosses réparations, il peut seulement, sur le refus du propriétaire, avancer les frais qui lui seront remboursés à l'expiration de son usufruit.

571-575. *Comme* 607-611, C. F.

576-577. L'usufruitier universel ou à titre universel, dont l'usufruit a été constitué par un acte entre-vifs ou testamentaire, n'est pas tenu des dettes du propriétaire ou du testateur, à moins que les biens sujets à l'usufruit ne soient hypothéqués au payement de ces dettes; car relativement au propriétaire, l'usufruitier n'est qu'acquéreur à titre singulier.

578. On peut vendre les biens sujets à l'usufruit pour payer les dettes de la succession, si l'usufruitier ne veut pas les avancer.

579-581. *Comme* 612, C. F.

582. *Comme* 613, C. F.

583. Les père et mère qui jouissent de l'usufruit légal des biens de leurs enfants, sont tenus de supporter les frais de tous les procès qui concernent cette jouissance.

CODE SARDE.

fait l'objet principa de l'usufruit, vien à tomber par vétus té, ou à être détrui par un événemen fortuit, le proprié taire ne sera pa tenu de la reconstruire.

Mais si le bâtiment tombé ou détruit en partie ne forme qu'un accessoire du fonds pour la jouissance duque il est cependant nécessaire, l'usufruitier pourra reconstruire ce qui étai détruit, et aura l droit d'obtenir, à l fin de l'usufruit, l remboursement de dépenses qu'il aur faites pour la partie réédifiée.

520-521. *Comme* 608-609, C. F.

522 à 527. *Comme* 611 à 616, C. F.

L'art. 524 *ajoute à l'art* 613, C. F ce §:

S'il y a contestation sur la propriété et sur la jouissance, le propriétaire et l'usufruitier seront tenus, chacun en proportion de son intérêt.

SECTION III.

Comment l'usufruit prend fin.

528. *Comme* 617, C. F. (à l'exception de la mort civile.)

529. *Comme* 618, C. F.

530. Si l'usufruit est laissé à des communes, à des établissements ou à des corporations autorisés par le gouvernement, ou affectés à la charité publique, il dure trente ans, à moins de plus long terme stipulé mais alors il ne peut excéder 60 ans.

531 à 534. *Comme* 620 à 623, C. F.

535. *Comme* 624.

CANTON DE VAUD.

Comme 591 à 594, C. F.

333. *Comme* 595, C. F., *le* 2e § *est ainsi remplacé :*

S'il (*l'usufruitier*) donne à ferme, le propriétaire et le fermier lui-même, pourront, à l'expiration de l'usufruit, résilier le bail en s'avertissant réciproquement au temps d'avance réglé pour les congés par l'article 1231, sans, toutefois, que le fermier puisse exiger de récompense pour la résiliation du bail.

334 à 336. *Comme* 596 à 598, C. F. (1).

337. *Comme* 599, C. F.

(1) *L'article* 336 *du* Code du canton de Vaud *ne reproduit pas les dispositions finales sur l'art.* 598, *C. F., sur la propriété du trésor découvert pendant l'usufruit.*

CODE HOLLANDAIS.

S'il le trouve lui-même, il aura droit de réclamer sa part conformément à l'article 642.

825. *Comme* 599, 1er §, C. F.

826. *Comme* 599, 2e §, C. F. *Il est ajouté :* Cependant ces améliorations pourront être prises en considération, lors de l'évaluation des dommages causés par les dégradations qui auraient été faites.

827. *Comme* 599, 1er §, C. F.

828. L'usufruitier peut exercer toutes les actions réelles que la loi accorde au propriétaire.

SECTION III. Des obligations de l'usufruitier.

829. *Comme* 600, *première partie* C. F. *Il est ajouté :* Il doit les rendre, à la fin de l'usufruit, dans l'état où elles se trouvent à cette époque, sauf les dispositions des articles 826 et 827, et les indemnités dues au propriétaire pour dégradation.

830. *Comme* 600, C. F. 2e *partie. Il est ajouté :* On ne peut être dispensé de cette obligation par l'acte constitutif.

L'inventaire et l'état peuvent être faits sous seing privé.

831. *Comme* 601, C. F. *Il est ajouté :* L'usufruitier des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, donne également caution pour sûreté de la restitution ordonnée par l'art. 804.

832. *Comme* 601, C. F. *Il est ajouté :* Il en est de même à l'égard de l'usufruitier de choses placées sous l'administration d'autres personnes, sauf, à l'égard de celles-ci, la disposition de l'art. 836.

833. *Comme* 602, C. F.

834. Si l'usufruit consiste, en tout ou en partie, en meubles qui dépérissent par l'usage, le défaut de fournir caution ne privera pas l'usufruitier de la jouissance de ces objets, pourvu qu'il déclare sous serment qu'il n'a pu trouver caution, et qu'il promette de les représenter à l'expiration de l'usufruit.

Néanmoins, le propriétaire pourra exiger qu'il ne soit laissé à l'usufruitier que la partie des meubles nécessaire pour son usage, et que le reste soit vendu, et le prix employé comme il est dit à l'article précédent.

835. *Comme* 604, C. F.

836. Les personnes nommées pour administrer les biens soumis à l'usufruit sont tenues de fournir caution suffisante; à défaut de caution, l'administration cessera de plein droit.

837. Les administrateurs sont tenus de rendre compte chaque année à l'usufruitier et de lui payer le reliquat; à défaut de quoi, l'administration cessera également de plein droit.

A la fin de leur gestion, ils devront rendre compte, tant au propriétaire qu'à l'usufruitier.

CODE BAVAROIS.

tuer le bien au propriétaire ou à ses ayants droit, dans le même état qu'il l'aura reçu, avec ses dépendances et accessions. Il doit l'entretenir à ses frais et s'en servir en bon père de famille et en conservant sa substance. (578, C. F.)

Il répond de tout dommage qui lui est imputable *Dolo vel culpa lata et levi.*

Il doit donner caution. (601, C. F.)

Il supportera toutes les charges et redevances foncières dont la propriété est grevée, ou il renoncera à l'usufruit. (608, 611, C. F., *diff.*)

Il n'a sur le trésor trouvé qu'un droit semblable à celui qui l'a découvert. (598, C. F., *diff.*)

Il ne peut ni engager, ni vendre la chose soumise à l'usufruit.

6. La caution que l'usufruitier doit fournir, pour garantir la conservation et la restitution de la substance, ne s'accorde que sur la demande du propriétaire.

Sont dispensés de fournir caution :

1° Le fisc;

2° Le père pour la jouissance des biens de ses enfants;

3° L'usufruitier qui doit avoir la propriété du fonds après un certain laps de temps;

4° Celui qui donne un bien à titre gratuit en se réservant l'usufruit;

5° Celui enfin que le propriétaire en a exempté.

Lorsqu'il y a plusieurs usufruitiers, chacun ne donne caution que pour sa part et portion. Avant que l'usufruitier n'ait fourni sa caution, le propriétaire n'est pas tenu de lui délivrer la chose.

L'usufruit peut être constitué à terme, et le fonds administré aux frais de l'usufruitier, qui percevra les fruits.

Les circonstances et la qualité de la personne indiqueront si le serment de l'usufruitier peut servir de caution.

A la demande du propriétaire un inventaire sera dressé avant l'entrée en jouissance de l'usufruitier :

CODE AUTRICHIEN.

le produit des mines ouvertes. (590, 598, C. F.)

Mais le trésor trouvé dans le fonds est à l'abri de son action (595, *in fine* C. F.)

517. Il peut répéter tout ce qu'il a dépensé sur le fonds, sans le consentement du propriétaire pour améliorer la production des fruits. Il ne lui est dû d'indemnités pour les produits provenant de cette amélioration, que dans les cas où il en est dû au mandataire qui gère sans mandat.

518. Un inventaire doit être dressé lors de l'entrée en jouissance de l'usufruitier; si cette formalité n'a pas été remplie, l'usufruitier est censé avoir reçu la chose en bon état d'exploitation, ou entre la meilleure qualité et la plus mauvaise. (600, C. F.)

520. Le propriétaire ne peut exiger de caution de l'usufruitier, que lorsqu'il y a danger. Si elle ne peut être fournie, la chose sera ou restituée au propriétaire, qui devra payer à l'usufruitier une indemnité, ou confiée à l'administration d'une personne désignée par le tribunal. (601 à 603, C. F. *diff.*)

514. Si le propriétaire exécute à ses frais, et sur la demande de l'usufruitier, des constructions que la vétusté ou d'autres circonstances rendent nécessaires, l'usufruitier doit lui payer les intérêts du capital employé, eu égard à l'augmentation des fruits. (609, C. F.)

515. Si ces constructions étaient refusées, l'usufruitier pourrait les faire exécuter, et en demander le remboursement à la fin de sa jouissance, comme un possesseur de bonne foi, ou demander une indemnité du tort fait à sa

CODE PRUSSIEN.

soumis à l'usufruit. (598, 2e *partie*, C. F.)

47. L'usufruitier d'édifices doit les rendre au propriétaire tels qu'il les a reçus. S'il a négligé de faire dresser un inventaire on supposera qu'il en a pris possession en bon état. (600, C. F.)

Il n'est pas tenu des grosses réparations, c'est-à-dire, de celles dont les frais, avec les matériaux, s'élèveraient au delà du quart des revenus annuels; mais dans ce cas il ne peut s'opposer à ce que l'édifice soit démoli aux frais du propriétaire. (606, 607, C. F.)

Néanmoins il a la faculté de le rétablir dans son état primitif, ou d'achever les constructions commencées avant son entrée en jouissance; alors le propriétaire doit le rembourser à la fin de son usufruit.

68. Les dispositions relatives aux édifices serviront de règles pour l'usufruit établi sur d'autres propriétés.

70. L'usufruitier doit payer les intérêts des dettes dont la chose est grevée.

Il doit même les intérêts des dettes personnelles du testateur si l'usufruit est constitué sur une succession entière. (608, C. F., *diff.*)

Il n'est pas tenu du payement des intérêts des dettes que le propriétaire a faites après la constitution de l'usufruit. Néanmoins s'il a négligé de faire inscrire sur les registres publics son usufruit, les créanciers hypothécaires pourront toujours demander à être payés sur les revenus de la chose; l'usufruitier n'aura alors de recours que contre le propriétaire.

75. Si le payement des dettes qui grèvent le fonds est exigé, l'usufruitier doit y pourvoir; il pourra engager à cet effet la substance de la chose.

80. L'usufruitier doit supporter les charges personnelles, en cas de doute soutenir les procès, ou payer les impôts à l'occasion de fonds. (608, C. F.) Néanmoins il peut demander au propriétaire le remboursement des impôts extraordinaires qui surpassent le montant des fruits pendant tout le temps de son usufruit. (609, C. F.)

90. L'usufruit ne peut, sans le consentement du propriétaire, changer en aucune manière la substance de la chose, ni la grever d'aucune charge permanente. (578, C. F.)

CODE FRANÇAIS.	CODE DE LA LOUISIANE.	CODE SARDE.
qu'après avoir fait dresser, en présence du propriétaire, ou lui dûment appelé, un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit. 601. Il donne caution de jouir en bon père de famille, s'il n'en est dispensé par l'acte constitutif de l'usufruit; cependant les père et mère ayant l'usufruit légal du bien de leurs enfants, le vendeur ou le donateur sous réserve d'usufruit, ne sont pas tenus de donner caution. 602. Si l'usufruitier ne trouve pas de caution, les immeubles sont donnés à ferme ou mis en séquestre. Les sommes comprises dans l'usufruit sont placées; Les denrées sont vendues, et le prix en provenant est pareillement placé; Les intérêts de ces sommes et le prix des fermes appartiennent, dans ce cas, à l'usufruitier. 603. A défaut d'une caution de la part de l'usufruitier, le propriétaire peut exiger que les meubles qui dépérissent par l'usage soient vendus, pour le prix en être placé comme celui des denrées; et alors l'usufruitier jouit de l'intérêt pendant son usufruit: cependant l'usufruitier pourra demander, et les juges pourront ordonner, suivant les circonstances, qu'une partie des meubles nécessaires pour son usage lui soit délaissée, sous sa simple caution juratoire, et à la charge de les représenter à l'extinction de l'usufruit. 604. Le retard de donner caution ne prive pas l'usufruitier des fruits auxquels il peut avoir droit; ils lui sont dus du moment où l'usufruit a été ouvert. 605. L'usufruitier n'est tenu qu'aux réparations d'entretien. Les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire, à moins qu'elles n'aient été occasionnées par le défaut de réparations d'entretien, depuis l'ouverture de l'usufruit; auquel cas l'usufruitier en est tenu. 606. Les grosses réparations sont celles des gros murs et des voûtes, le rétablissement des poutres et des couvertures entières: Celui des digues et des murs de soutenement et de clôture aussi en entier. Toutes les autres réparations sont d'entretien. 607. Ni le propriétaire, ni l'usufruitier, ne sont tenus de rebâtir ce qui est tombé de vétusté, ou ce qui a été détruit par cas fortuit. 608. L'usufruitier est tenu, pendant sa jouissance, de toutes les charges annuelles de l'héritage, telles que les contributions et autres qui dans l'usage sont censées charges des fruits. 609. A l'égard des charges qui peuvent être imposées sur la propriété pendant la durée de l'usufruit, l'usufruitier et le propriétaire y contribuent ainsi qu'il suit: Le propriétaire est obligé de les payer, et l'usufruitier doit lui tenir compte des intérêts. Si elles sont avancées par l'usufruitier, il a la répétition du capital à la fin de l'usufruit. 610. Le legs fait par un testateur, d'une rente viagère ou pension alimentaire, doit être acquitté par le légataire universel de l'usufruit dans son intégrité, et par le légataire à titre universel de l'usufruit dans la proportion de sa jouissance, sans aucune répétition de leur part. 611. L'usufruitier à titre particulier n'est pas tenu des dettes auxquelles le fonds est hypothéqué; s'il est forcé de les payer, il a son recours contre le propriétaire, sauf ce qui est dit à l'art. 1020, au titre *des Donations entre-vifs et des Testaments.* 612. L'usufruitier, ou universel, ou à titre universel, doit contribuer avec le propriétaire au payement des dettes, ainsi qu'il suit: On estime la valeur du fonds sujet à usufruit; on fixe ensuite la contribution aux dettes à raison de cette valeur. Si l'usufruitier veut avancer la somme pour laquelle le fonds doit contribuer, le capital lui en est restitué à la fin de l'usufruit, sans aucun intérêt. Si l'usufruitier ne veut pas faire cette avance, le propriétaire a le choix ou de payer cette somme, et dans ce cas l'usufruitier lui tient compte des intérêts pendant la durée de l'usufruit, ou de faire vendre jusqu'à due concurrence une portion des biens soumis à l'usufruit. 613. L'usufruitier n'est tenu que des frais des procès qui con-	584. L'usufruitier qui laisse périr par le non-usage de sa part une servitude dont jouit l'héritage soumis à son usufruit, en est responsable envers le propriétaire. Il en est de même s'il en laisse acquérir une par l'effet de la prescription. 585-587. *Comme* 614-616, C. F. 588. L'usufruitier n'est pas tenu de remplacer les esclaves morts pendant sa jouissance. 589. *Comme* 599, C. F. 590. L'usufruitier peut compenser les dégradations qui ont été commises sur l'héritage dont il a l'usufruit, avec les améliorations qu'il est obligé d'abandonner au propriétaire si elles lui étaient permises. 591. L'entrepreneur ou ouvrier à qui le prix de ses ouvrages est dû à l'expiration de l'usufruit, conserve son privilége sur le fonds, et peut l'exercer contre le propriétaire, sous les modifications suivantes: 592. Si ces ouvrages sont dus par l'usufruitier, le propriétaire les acquittera, en conservant son recours. 593. S'ils n'étaient pas du nombre de ceux que l'usufruitier fût autorisé à faire, le propriétaire peut ou le retenir et payer, ou obliger l'usufruitier à les enlever, auquel cas l'ouvrier n'a aucun privilége sur la propriété. SECTION IV. Des engagements du propriétaire. 594. Le propriétaire de la chose grevée d'usufruit est tenu de délivrer cette chose à l'usufruitier. 595. Il ne doit apporter aucun trouble à la jouissance de l'usufruitier, ni nuire à ses droits. 596. Il ne peut, avant ou après la délivrance, faire aucun changement aux choses sujettes à l'usufruit, même pour y faire des améliorations. 597. Le propriétaire du fonds grevé d'usufruit ne peut y imposer de servitude. 598. Si l'usufruitier ne pouvait jouir par un obstacle que le propriétaire dût faire cesser, ce dernier sera tenu des dommages-intérêts de la non-jouissance. 599. Le propriétaire n'est pas tenu de remettre en bon état ce qui se trouve ou démoli ou endommagé au temps où l'usufruit est acquis. 600. Le propriétaire peut hypothéquer, vendre ou aliéner la chose sujette à l'usufruit, sans le consentement de l'usufruitier, pourvu qu'il ne lui fasse éprouver aucun préjudice. SECTION V. Comment finit l'usufruit. 601. Le droit de l'usufruit finit par la mort de l'usufruitier. (617, C. F.) 602. Le legs des revenus d'un bien est une espèce d'usufruit, qui s'éteint par la mort du donataire. 603-604-606. Tout usufruit conditionnel ou à charge de restitution cesse lors de l'accomplissement de la condition, ou lorsque la restitution est opérée. 607. *Comme* 620, C. F. 608-609. *Comme* 623-624, C. F. 610 *Comme* 617, 3e §, C. F. 611. Les changements que le testateur fait dans la chose dont il a légué l'usufruit, après en avoir disposé, ne produisent l'extinction de l'usufruit qu'autant que le legs est censé révoqué par les changements, suivant les règles prescrites sur cette matière, au titre *des Testaments.* 612. *Comme* 621, C. F. *Il est ajouté:* Mais si la chose sujette à l'usufruit, a été hypothéquée avant la constitution, l'usufruitier peut être évincé de son droit par les poursuites des créanciers hypothécaires.	C. F. *Il est ajouté:* Si le propriétaire reconstruit le bâtiment sur lequel l'usufruit est établi, il peut jouir du sol, employer les matériaux et ne payer à l'usufruitier que les intérêts de la valeur du sol et des matériaux. 536. Le propriétaire de biens grevés d'usufruit au profit d'une personne qui vient à s'absenter, pourra après le jugement de déclaration d'absence demander à être mis en possession des biens sujets à cet usufruit, en se soumettant aux charges imposées aux héritiers ou aux légataires qui auront obtenu l'envoi en possession des biens de l'absent, en conformité du chap. III, titre IV, livre Ier du présent Code. CHAPITRE II. *De l'usage et de l'habitation.* 537 à 547. *Comme* 625 à 635, C. F.

CANTON DE VAUD.

SECTION II.

Des obligations de l'usufruitier.

398 à 403. *Comme* 600 à 616, C. F.

SECTION III.

Comment l'usufruit prend fin.

404 à 411. *Comme* 617 à 624, C. F.

CHAP. II.

De l'usage et de l'habitation.

412 à 423. *Comme* 625 à 636, C. F.

CODE HOLLANDAIS.

Le propriétaire qui, aux termes du premier alinéa de l'art. 821, aura la régie des biens, devra de la même manière rendre compte à l'usufruitier.

838. Les administrateurs pourront être destitués pour les mêmes causes que les tuteurs.

839. Si, pour une cause quelconque, l'administration vient à cesser, l'usufruitier rentre dans tous ses droits.

840-844. *Comme* 606-609, C. F.

845. *Comme* 612, C. F.

846. *Comme* 611, C. F.

847. *Comme* 610, C. F.

848. *Comme* 613, C. F. *Il est ajouté :* Si la contestation intéresse en même temps le propriétaire et l'usufruitier, et s'ils sont tous deux en cause, ils contribueront aux frais, dans la proportion de leurs droits respectifs, tels qu'ils seront fixés par le juge.

849. *Comme* 614, C. F.

850. Si les biens sont administrés, les administrateurs sont tenus, à peine de dommages et intérêts, de veiller aux droits du propriétaire et de l'usufruitier.

Ils ne peuvent intenter un procès ni y défendre, soit au nom du propriétaire, soit au nom de l'usufruitier, sans l'autorisation de la partie intéressée.

851. *Comme* 616, C. F.

852. Si l'usufruit n'est pas établi sur un troupeau, mais sur un ou plusieurs animaux seulement, et que l'un ou plusieurs viennent à périr sans la faute de l'usufruitier, celui-ci n'est pas tenu de les remplacer, ni d'en payer l'estimation, *mais il devra remettre le cuir ou sa valeur.* (615, C. F.)

853. L'usufruitier d'un navire doit le faire assurer pendant ses voyages; s'il néglige cette précaution, il est tenu envers le propriétaire de tout dommage.

SECTION IV. Comment l'usufruit prend fin.

854. *Comme* 617, C. F.

855. L'usufruit constitué au profit de plusieurs, ne finit que lors du décès du dernier survivant.

S'il est accordé à une société, il n'est éteint qu'à l'époque de sa dissolution.

856. *Comme* 620, C. F.

857. L'usufruit ne peut être accordé à un corps moral pour un terme excédant trente années.

858. *Comme* 623, C. F. *Il est ajouté :* La submersion d'un terrain n'en éteint pas l'usufruit : l'usufruitier conserve son droit après que le terrain a été remis à sec, soit naturellement, soit artificiellement, sauf la disposition de l'art. 649.

859. *Comme* 624, C. F. *Il est ajouté :* Soit pour reconstruire ce qui a été détruit, soit pour réparer d'autres bâtiments faisant partie du même domaine.

860. L'usufruit d'un navire s'éteint

CODE BAVAROIS.

s'il jouit déjà, il doit fournir cet état, et en affirmer sous serment l'exactitude.

Du droit et des devoirs du propriétaire à l'égard de l'usufruitier.

9. Le propriétaire doit permettre à l'usufruitier tout ce que l'exploitation du bien rend nécessaire.

Il peut engager ou vendre la propriété sans le consentement de l'usufruitier, et sauf les droits de celui-ci.

A la fin de l'usufruit,

1° Il remboursera à l'usufruitier les frais pour lesquels un possesseur de bonne foi pourrait demander son remboursement.

2° Il acquiert les fruits pendants par racines en payant les frais de labours (585, C. F. *diff.*); mais les fruits civils de la dernière année seront répartis entre lui et l'usufruitier ou ses ayants droit. (586, C. F.)

10. Le quasi-usufruit comprend les choses dont on ne peut se servir sans les consommer. Dans ce cas, l'usufruitier a la propriété pleine de la chose, qu'il restituera à la fin de son usufruit, à la charge de donner caution. (604, C. F.)

Comment l'usufruit prend fin.

Livre II, chapitre IX.

8. L'usufruit prend fin :

1° Par le non-usage pendant dix ans, ou, en cas d'absence, pendant vingt ans ;

2° Par la perte de la chose ;

3° Par l'expiration du temps, ou par l'événement de la condition sous laquelle il devait finir ;

4° Par la consolidation

CODE AUTRICHIEN.

jouissance, par le manque de construction. (607 C. F. *diff.*)

516. Le propriétaire ne peut faire des constructions, sans la permission de l'usufruitier, lorsqu'elles ne sont pas de première nécessité, et lors même qu'elles tendraient à augmenter les fruits.

512. L'usufruitier est tenu de toutes les charges qui grevaient la chose au moment où son droit a pris naissance. (608 à 612, C. F. *diff.*)

Il doit payer les intérêts des créances hypothéquées sur la propriété, ainsi que les charges ordinaires et extraordinaires dont la chose est imposée, jusqu'au montant des sommes perçues pendant sa jouissance (1).

519. A la fin de l'usufruit le propriétaire a droit aux fruits pendants par racines, mais à la charge d'indemniser l'usufruitier des travaux et des frais de labours. Quant aux fruits, l'usufruitier peut en jouir en proportion de la durée de son droit. (585-586, C. F.)

De l'usage et de l'habitation.

504. L'usager a le droit de se servir de la chose d'autrui pour son usage, sans l'altérer ni la diminuer. (630, C. F.)

505-506. Il peut user de ce droit ainsi qu'il convient à sa position sociale, à son métier, ou à l'état qu'il exerçait lors de son

(1) *En Autriche, à la différence du C. F., l'usufruit est une suspension et non une division de la propriété.*

CODE PRUSSIEN.

91. Pendant l'usufruit, personne ne peut commencer une prescription contre le propriétaire; mais celle qui a pris naissance avant la constitution de l'usufruit continuera de courir. (614, 2226, C. F.)

96. Pendant l'existence de l'usufruit, le propriétaire ne peut rien entreprendre au préjudice du droit de l'usufruitier.

161. Si l'usufruitier de capitaux veut donner à ces capitaux un placement différent, il doit fournir caution, et répondre du remboursement; si le propriétaire veut retirer à son tour les capitaux, il doit également fournir caution, lorsque tous deux demandent un autre emploi des capitaux, la préférence est accordée à l'usufruitier. (601-602, C. F.. *diff.*)

110. L'usufruitier peut faire exercer son droit par un autre, mais il ne peut pas céder le droit en lui-même. (595, C. F., *diff.*)

111. A la fin de l'usufruit, l'usufruitier doit rendre la chose avec toutes ses dépendances exprimées dans l'inventaire, ou, à défaut d'inventaire, à dire d'expert.

124. L'usufruitier ou ses héritiers ne pourront demander le remboursement des améliorations qu'autant qu'elles auront été faites du consentement du propriétaire. Ils ne pourront les enlever qu'à la charge de rétablir la chose dans son état primitif.

132. L'usufruitier, ou ses héritiers, doivent rembourser au propriétaire les détériorations de la propriété que l'usufruitier aurait pu empêcher ou qu'il n'aurait pas dû se permettre de faire en bon père de famille.

Pendant la durée de l'usufruit, le propriétaire, si l'usufruitier détériore la chose, peut en demander judiciairement le rétablissement, et réclamer une limitation de l'exercice du droit de jouissance. Si les mesures prescrites restent sans effet, le propriétaire pourra demander le séquestre de l'usufruit. (618, C. F., *diff.*)

143. Quant aux fruits encore existants à la fin de l'usufruit, les fruits des années antérieures seront laissés à l'usufruitier, et ceux de la dernière année seront répartis entre le propriétaire et l'usufruitier. (585, C. F.)

Les bois coupés, non vendus ni enlevés, appartiennent au propriétaire, qui doit rembourser les frais de coupe.

CODE FRANÇAIS.	CODE DE LA LOUISIANE.

cernent la jouissance, et des autres condamnations auxquelles ces procès pourraient donner lieu.

614. Si, pendant la durée de l'usufruit, un tiers commet quelque usurpation sur le fonds, ou attente autrement aux droits du propriétaire, l'usufruitier est tenu de le dénoncer à celui-ci : faute de ce, il est responsable de tout le dommage qui peut en résulter pour le propriétaire, comme il le serait de dégradations commises par lui-même.

615. Si l'usufruit n'est établi que sur un animal qui vient à périr sans la faute de l'usufruitier, celui-ci n'est pas tenu d'en rendre un autre, ni d'en payer l'estimation.

616. Si le troupeau sur lequel un usufruit a été établi, périt entièrement par accident ou par maladie, et sans la faute de l'usufruitier, celui-ci n'est tenu envers le propriétaire que de lui rendre compte des cuirs ou de leur valeur.

Si le troupeau ne périt pas entièrement, l'usufruitier est tenu de remplacer, jusqu'à concurrence du croît, les têtes des animaux qui ont péri.

SECTION III. Comment l'usufruit prend fin.

617. L'usufruit s'éteint : 1° Par la mort naturelle et par la mort civile de l'usufruitier ; 2° Par l'expiration du temps pour lequel il a été accordé : 3° Par la consolidation ou la réunion sur la même tête, des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire ; 4° Par le non-usage du droit pendant trente ans ; 5° Par la perte totale de la chose sur laquelle l'usufruit est établi.

618. L'usufruit peut aussi cesser par l'abus que l'usufruitier fait de sa jouissance, soit en commettant des dégradations sur le fonds, soit en le laissant dépérir faute d'entretien.

Les créanciers de l'usufruitier peuvent intervenir dans les contestations, pour la conservation de leurs droits ; ils peuvent offrir la réparation des dégradations commises, et des garanties pour l'avenir.

Les juges peuvent, suivant la gravité des circonstances, ou prononcer l'extinction absolue de l'usufruit, ou n'ordonner la rentrée du propriétaire dans la jouissance de l'objet qui en est grevé, que sous la charge de payer annuellement à l'usufruitier ou à ses ayants cause, une somme déterminée, jusqu'à l'instant où l'usufruit aurait dû cesser.

619. L'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers, ne dure que trente ans.

620. L'usufruit accordé jusqu'à ce qu'un tiers ait atteint un âge fixé, dure jusqu'à cette époque, encore que le tiers soit mort avant l'âge fixé.

621. La vente de la chose sujette à usufruit ne fait aucun changement dans le droit de l'usufruitier ; il continue de jouir de son usufruit s'il n'y a pas formellement renoncé.

622. Les créanciers de l'usufruitier peuvent faire annuler la renonciation qu'il aurait faite à leur préjudice.

623. Si une partie seulement de la chose soumise à l'usufruit est détruite, l'usufruit se conserve sur ce qui reste.

624. Si l'usufruit n'est établi que sur un bâtiment, et que ce bâtiment soit détruit par un incendie ou autre accident, ou qu'il s'écroule de vétusté, l'usufruitier n'aura le droit de jouir ni du sol ni des matériaux.

Si l'usufruit était établi sur un domaine dont le bâtiment faisait partie, l'usufruitier jouirait du sol et des matériaux.

CHAPITRE II.

De l'usage et de l'habitation.

625. Les droits d'usage et d'habitation s'établissent et se perdent de la même manière que l'usufruit.

626. On ne peut en jouir, comme dans le cas de l'usufruit, sans donner préalablement caution, et sans faire des états et inventaires.

627. L'usager, et celui qui a un droit d'habitation, doivent jouir en bons pères de famille.

628. Les droits d'usage et d'habitation se règlent par le titre qui les a établis, et reçoivent, d'après ses dispositions, plus ou moins d'étendue.

629. Si le titre ne s'explique pas sur l'étendue de ces droits, ils sont réglés ainsi qu'il suit :

630. Celui qui a l'usage des fruits d'un fonds, ne peut en exiger qu'autant qu'il lui en faut pour ses besoins et ceux de sa famille. Il peut en exiger pour les besoins même des enfants qui lui sont survenus depuis la concession de l'usage.

631. L'usager ne peut céder ni louer son droit à un autre.

632. Celui qui a un droit d'habitation dans une maison, peut y demeurer avec sa famille, quand même il n'aurait pas été marié à l'époque où ce droit lui a été donné.

633. Le droit d'habitation se restreint à ce qui est nécessaire pour l'habitation de celui à qui ce droit est concédé, et de sa famille.

634. Le droit d'habitation ne peut être ni cédé ni loué.

635. Si l'usager absorbe tous les fruits du fonds, ou s'il occupe la totalité de la maison, il est assujetti aux frais de culture, aux réparations d'entretien, et au payement des contributions, comme l'usufruitier.

S'il ne prend qu'une partie des fruits, ou s'il n'occupe qu'une partie de la maison, il contribue au prorata de ce dont il jouit.

636. L'usage des bois et forêts est réglé par des lois particulières.

---

613. L'usufruit se perd encore par le non-usage pendant dix ans entre présents, et vingt ans entre absents.

614. *Comme* 3e §, 617, C. F.

615. Si c'est l'usufruitier qui acquiert la nue propriété, l'usufruit est tellement éteint, que si postérieurement il perd la propriété, c'est la pleine propriété qu'il perd, et l'usufruit ne revit point.

616. *Comme* 618, C. F. 1er et 3e §.

617. L'usufruitier pourra éviter la rentrée du propriétaire, en cas de dégradations, en offrant de faire les réparations nécessaires, et en donnant une sûreté suffisante pour l'exécution de cette obligation.

618. *Comme* 2e §, 618, C. F.

619. *Comme* 622, C. F.

620. Quand l'usufruit est expiré, la chose qui y était sujette retourne et se réunit à la propriété.

Néanmoins l'usufruitier ou ses héritiers ont droit de retenir la chose sujette à l'usufruit, jusqu'à ce qu'ils soient remboursés des dépenses ou avances qu'ils ont faites.

CHAPITRE II.

De l'usage et de l'habitation.

621. L'usage est le droit qui est accordé à quelqu'un de se servir de la chose d'autrui, ou d'exiger telle portion des fruits qu'elle produit pour ses besoins personnels et ceux de sa famille.

622. L'habitation est le droit d'habiter gratuitement dans la maison d'autrui.

623-624. *Comme* 625-626, C. F.

625. L'usager ne doit pas donner caution ni faire inventaire, si la chose reste entre les mains du propriétaire, et qu'il n'ait droit qu'aux fruits pour ses besoins personnels et ceux de sa famille ; car il n'est tenu à aucune restitution.

626-627. *Comme* 628-629, C. F.

628. Ce qui distingue l'usufruit de l'usage, c'est que la jouissance de l'usufruitier n'est pas bornée à la simple consommation, et qu'il peut prendre tous les fruits et en disposer. *Le reste comme* 630, C. F.

629. Celui qui a l'usage des fruits d'un fonds ne peut aller sur ce fonds ; il a seulement une action pour exiger du propriétaire les fruits qui lui sont nécessaires pour ses besoins et ceux de sa famille.

630. Le droit de l'usage d'une maison et celui d'habitation, sont soumis aux mêmes règles.

631. Celui qui a l'usage d'un ou plusieurs esclaves ou animaux, a le droit de jouir de leurs services pour ses besoins et ceux de sa famille.

632. Celui qui a l'usage d'un troupeau ne peut s'en servir que pour en prendre le lait nécessaire à ses besoins journaliers et à ceux de sa famille.

633. Celui qui a l'usage des choses qui se détériorent par l'usage, ou dont on ne peut se servir qu'en les consommant, a le droit de s'en servir aux mêmes conditions que l'usufruitier.

634. *Comme* 631, C. F.

635. Le droit d'usage s'étend à la vie de l'usager, si le titre ne le règle autrement.

636, 637. *Comme* 632-633, C. F.

638. Le mot *famille*, employé dans ce chapitre, doit s'entendre de la femme, des enfants et des domestiques.

639. *Comme* 634, C. F.

640. *Comme* 627, C. F.

641. *Comme* 635, C. F.

CODE HOLLANDAIS.

lorsqu'il se trouve hors d'état d'être réparé.

L'usufruitier n'a pas le droit de jouir des débris.

861. L'usufruit d'une rente, créance ou obligation, ne s'éteint pas par le remboursement du capital.

L'usufruitier peut en exiger le remploi à son profit.

862-863. *Comme* 618, C. F.

864. L'extinction de l'usufruit ne fait pas cesser les baux passés conformément à l'article 819.

TITRE X.

DE L'USAGE ET DE L'HABITATION.

865-866. *Comme* 625-626, C. F.

867. *Comme* 628-629, C. F.

868. *Comme* 630, 1er §, C. F.

869. Les choses fongibles ne peuvent être l'objet d'un droit d'usage. Mais si ce droit est accordé, il sera considéré comme un usufruit.

870. *Comme* 631, C. F.

871. Si le droit d'usage est établi sur les animaux, l'usager n'a d'autres droits que ceux de s'en servir et de prendre le laitage et le fumier nécessaires à ses besoins.

872. Le droit d'usage sur un fonds ne comprend ni la chasse ni la pêche, mais l'usager jouit des servitudes.

873. *Comme* 632 et 633, C. F. *Il est ajouté :*

Il n'y a pas de différence entre le droit d'habitation et le droit d'usage d'une maison.

874-875. *Comme* 634-635, C. F.

876. L'usage des bois et plantations, accordé à un particulier, ne donne à l'usager que le droit de prendre le bois mort, et dans le taillis ce qui lui est nécessaire pour lui et sa famille.

CODE BAVAROIS.

ou la réunion des droits sur la même tête ;

5° Par l'extinction du droit de celui qui a accordé l'usufruit.

6° Par un abus grave, ou par une diminution frauduleuse de la substance ;

7° Par la mort de l'usufruitier : (617, 618, C. F.)

8° Mais jamais par la mort du propriétaire.

La mort civile est assimilée à la mort naturelle.

Si l'usufruit appartient à une communauté, sa cessation a lieu par la dissolution ou l'extinction de la communauté, ou par un laps de temps de cent ans. (659, C. F. *diff.*)

Par héritiers de l'usufruitier, on n'entend que les héritiers du premier degré.

De l'usage.

11. La servitude d'usage est le droit de jouir de la propriété d'autrui pour ses besoins journaliers.

Ces besoins sont réglés sur la qualité, l'état et la famille de l'usager ; on ne doit point considérer s'il a par lui-même une fortune particulière ou s'il jouit d'autres droits d'usage.

Les fruits dont ne jouit pas l'usager appartiennent au propriétaire.

L'usage ne peut pas être partagé ; mais s'il y a plusieurs usagers, chacun en dispose suivant ses besoins.

Ce droit est incessible, à moins qu'on ne puisse en user autrement. (631, C. F.)

De l'habitation.

14. Le droit d'habitation est la faculté d'user pour soi, sa famille et ses domestiques, d'une maison dont on n'est pas propriétaire, lors même qu'on posséderait une autre maison. (632, 633, C. F.)

CODE AUTRICHIEN.

entrée en jouissance, et à l'étendue de sa famille, qu'il ait ou qu'il n'ait pas d'autres ressources. (630, C. F.)

507. Il lui est interdit de céder son droit, et de faire aucun changement à la chose soumise à son usage. (631, C. F.)

508. Le propriétaire supporte toutes les charges ; mais si elles surpassent le montant des fruits qui lui restent, l'usager doit payer l'excédant ou renoncer à son droit. (635, C. F.)

521. La servitude d'habitation est le droit de se servir *pour son usage particulier*, des parties habitables d'une maison. C'est donc là la servitude de l'usage d'une maison ; mais si cet usage est accordé sans aucune limitation, il devient usufruit. (632, 633, C. F.)

522. Dans tous les cas, le propriétaire a le droit d'exercer une inspection sur sa maison, et de disposer des parties qui ne sont pas habitables au moment où le droit a pris naissance.

De l'extinction de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation.

524 à 529. Comme toutes les servitudes personnelles, l'usufruit, l'usage et l'habitation s'éteignent :

Par la mort de l'usufruitier, à moins qu'une clause expresse n'excepte les héritiers, et alors ce sont les héritiers directs et légitimes ;

Par la confusion ;

Par l'expiration du temps déterminé ;

Par la prescription de trente ans ;

Par la perte de la chose ; mais si la chose est rétablie, l'usufruit renaît. (625, 627, C. F.)

CODE PRUSSIEN.

150. Relativement aux fruits de la dernière année, si c'est un bien rural, il sera administré jusqu'à la fin de l'année dans l'intérêt commun ; mais on laissera au propriétaire le blé et les fourrages pour l'année suivante.

168. Si le bien est loué à la fin de l'usufruit, le prix du loyer sera réparti de la même manière.

169 à 171. Pour les biens qui ne sont pas ruraux, l'usufruitier percevra les fruits jusqu'à la fin du trimestre, dans lequel l'usufruit a pris fin. L'année commence au 1er juin.

172. L'usufruitier qui, après l'expiration de son droit, retient la chose, est regardé comme possesseur de mauvaise foi.

Comment cesse l'usufruit.

176. L'usufruit prend fin par la mort de l'usufruitier, à moins d'exception en faveur des héritiers ; mais alors on ne comprendra que les héritiers du premier degré.

169. Un usufruit donné à une commune ou à une corporation, dure autant que cette commune ou cette corporation existe.

181. L'usufruitier peut toujours renoncer à son droit en faveur du propriétaire ; mais cette renonciation ne le décharge pas de ses obligations.

184. L'usufruit finit encore par la prescription, par la perte de la chose et par la consolidation. (617, C. F.)

185. Si l'usufruit ou l'usage n'a été accordé à quelqu'un que pour ses besoins personnels, on suivra ce que prescrit le titre XIX, partie 1, aux articles 22 et 24 à 28 ; c'est-à-dire qu'il ne pourra être transféré qu'avec le consentement du propriétaire, et que l'étendue de ces droits sera toujours fixée, en égard aux circonstances existantes, au moment où le droit a été accordé. S'ils n'ont été concédés qu'à une personne, sa famille n'y participe pas ; mais s'ils ont été donnés à une famille, les membres nés, après même cette constitution, auront le droit d'en jouir. (632, C. F.)

CODE FRANÇAIS.

TITRE IV.

DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS.

637. Une servitude est une charge imposée sur un héritage, pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire.

638. La servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre.

639. Elle dérive ou de la situation naturelle des lieux, ou des obligations imposées par la loi, ou des conventions entre les propriétaires.

CHAPITRE Ier.

Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux.

640. Les fonds inférieurs sont assujettis, envers ceux qui sont plus élevés, à recevoir les eaux qui en découlent naturellement, sans que la main de l'homme y ait contribué.

Le propriétaire inférieur ne peut point élever de digue qui empêche cet écoulement.

Le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur.

641. Celui qui a une source dans son fonds, peut en user à sa volonté, sauf le droit que le propriétaire du fonds inférieur pourrait avoir acquis par titre ou par prescription.

642. La prescription, dans ce cas, ne peut s'acquérir que par une jouissance non interrompue pendant l'espace de trente années, à compter du moment où le propriétaire du fonds inférieur a fait et terminé des ouvrages apparents destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans sa propriété.

643. Le propriétaire de la source ne peut en changer le cours, lorsqu'il fournit aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire; mais si les habitants n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire peut réclamer une indemnité, laquelle est réglée par experts.

644. Celui dont la propriété borde une eau courante, autre que celle qui est déclarée dépendante du domaine public par l'art. 538, au titre *de la Distinction des biens*, peut s'en servir à son passage pour l'irrigation de ses propriétés.

Celui dont cette eau traverse l'héritage, peut même en user dans l'intervalle qu'elle y parcourt, mais à la charge de la rendre, à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire.

645. S'il s'élève une contestation entre les propriétaires auxquels ces eaux peuvent être utiles, les tribunaux, en prononçant, doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété; et, dans tous les cas, les règlements particuliers et locaux sur le cours et l'usage des eaux doivent être observés.

646. Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës. Le bornage se fait à frais communs.

647. Tout propriétaire peut clore son héritage, sauf l'exception portée en l'art. 682.

648. Le propriétaire qui veut se clore, perd son droit au parcours et vaine pâture, en proportion du terrain qu'il y soustrait.

CHAPITRE II.

Des servitudes établies par la loi.

649. Les servitudes établies par la loi ont pour objet l'utilité publique ou communale, ou l'utilité des particuliers.

DEUX-SICILES.

TITRE IV.

DES SERVITUDES.

559 à 561. *Comme* 637 à 639, C. F.

CHAP. Ier.

Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux.

562 à 569. *Comme* 640 à 647, C. F.

570. *Comme* 648, C. F. *Mais on a ajouté au commencement*: Si deux ou plusieurs fonds ont la servitude réciproque de vaine pâture, le propriétaire qui veut, etc.

CHAP. II.

Des servitudes établies par la loi.

571 à 573. *Comme* 649 à 652, C. F.

SECTION Ire.

Du mur et du fossé mitoyens.

574 à 584. *Comme* 653 à 663, C. F.

585. *Comme* 664, C. F. *On a ajouté à la fin du troisième alinéa :* Comme il se trouve construit soit à voûte, soit en poutre.

586 à 594. *Comme* 665 à 773, C. F.

SECTION II.

De la distance et des ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions.

595. *Comme* 674, C. F.

SECTION III.

Des vues sur la propriété de son voisin.

596. *Comme* 675, C. F.

CODE DE LA LOUISIANE.

TITRE IV.

DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS.

CHAPITRE Ier.

Principes généraux.

642. Les servitudes sont réelles et personnelles.

643 à 645. *Comme* 637, C. F.

646. Il faut que la servitude ait pour objet l'usage et l'utilité de l'héritage en faveur duquel elle est constituée.

647. Les servitudes foncières étant dues par un héritage à un autre héritage, les fonds doivent être voisins.

648 à 650. La servitude est un droit incorporel, accessoire et inhérent au bien-fonds auquel elle est attachée. Elle ne peut en être séparée par cession ou hypothèque, parce que c'est un service qui ne passe à la personne qu'à cause du fonds.

651. Un des caractères des servitudes est d'obliger le propriétaire à ne pas faire certaine chose ou à souffrir qu'une chose soit faite sur son héritage.

652 à 654. Les droits de servitude sont indivisibles; mais l'usage peut en être limité et partagé, selon sa nature.

655. *Comme* 639, C. F.

CHAPITRE II.

Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux.

656. *Comme* 640. C. F.
657. *Comme* 644, C. F.
658. *Comme* 647, C. F.
659. *Comme* 646, C. F.

CHAPITRE III.

Des servitudes établies par la loi.

660 à 662. *Comme* 649 à 651, C. F.

663-664. Un propriétaire peut faire sur son fonds tous les ouvrages que bon lui semble, à moins qu'ils ne causent un dommage à son voisin, mais non une simple incommodité.

665. Les ouvrages qui répandent une odeur incommode, doivent être supportés s'ils résultent d'une servitude; sinon ils sont réglés par des ordonnances de police ou par l'usage.

666. *Comme* 652, 1er §, C. F.

CODE SARDE.

TITRE IV.

DES SERVITUDES FONCIÈRES.

548 à 550. *Comme* 637 à 639 C. F.

CHAPITRE Ier.

Des servitudes qui dérivent d la situation des lieux.

551. *Comme* 640, C. F.

552 à 554. Si les rives ou le digues d'un fonds servant à con tenir les eaux sont en mauvai état, ou si son cours d'eau es encombré, et qu'un dommag réel puisse en résulter pour l'h ritage d'autrui, les voisins inté ressés, sur le refus du proprié taire, peuvent obtenir du trib nal l'autorisation de faire eux mêmes les travaux nécessaire

553 à 562. *Comme* 641 à 647 C. F.

563. Néanmoins, dans l lieux où la réciprocité du dro de pâturage est établie, le pro priétaire qui voudra y renoncer devra porter sa demande devan le tribunal de *judicature mage.*

CHAPITRE II.

Des servitudes établies par l loi.

564 à 567. *Comme* 649 à 65 C. F.

CHAPITRE III.

Du mur et du fossé mitoyen.

568. *Comme* 653. C. F.
569. *Comme* 654, C. F.

Il est ajouté aux marques *non-mitoyenneté :* Les vid laissés dans le mur lors de s construction à une profonde excédant la moitié de son épai seur. Les pierres d'attente n sont pas une preuve de mitoyen neté.

570. *Comme* 655, C. F.

571. *Comme* 656. C. F. *Il e ajouté* ce § : L'abandon de mi toyenneté ne dispense pas d contribuer aux réparations cel qui y a donné lieu par so fait.

572. Lorsque le mur mitoye soutient un bâtiment, le pro priétaire de ce bâtiment peut l faire abattre et renoncer à l mitoyenneté, mais à la charg de supporter les travaux desti nés à éviter les dommages de l démolition.

CANTON DE VAUD.

TITRE IV.

DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS.

424 à 425. *Comme* 637 à 639, C. F.

CHAP. Ier.

Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux.

426. *Comme* 640. *Il est ajouté :*
Le propriétaire supérieur pourra réunir ses eaux dans des fossés ou aqueducs (*coulisses*), et les faire écouler de cette manière sur le fonds inférieur.

427 à 430. *Comme* 641 à 644, C. F.

431. Il n'est point permis, sous le prétexte d'irrigation ou autrement, de détourner de leur lit les eaux nécessaires à l'usage des moulins ou usines établies.

432. Les eaux pluviales et celles qui, étant abandonnées, se jettent naturellement sur les chemins, sont à la disposition du premier occupant, chacun vis-à-vis de son fonds, sauf les règlements sur la police des routes.

433. La disposition de l'article précédent ne s'applique pas aux eaux qui proviennent de sources, ou aux égouts de fontaines, d'écuries ou de fumier, qui coulent sur les chemins dans des canaux ouverts ou fermés, faits avec l'autorisation de la police; ces eaux demeurent la propriété de ceux qui ont à cet égard titre ou possession.

434-435. *Comme* 645-646, C. F.

CODE HOLLANDAIS.

TITRE IV.

DES DROITS ET OBLIGATIONS ENTRE PROPRIÉTAIRES DE FONDS VOISINS.

672 à 674. *Comme* 639 à 641, C. F.

675 à 680. *Comme* 643 à 648, C. F.

681. Tous murs servant de séparation entre bâtiments, champs, cours et jardins, sont présumés mitoyens, s'il n'y a titre ou marque du contraire.

Si les bâtiments n'ont pas la même élévation, il n'y a présomption de mitoyenneté que jusqu'à la hauteur du bâtiment le moins élevé.

682. *Comme* 654, C. F. *Il est ajouté :*

Il y a encore marque de non-mitoyenneté, lorsque le mur appuie un bâtiment ou une terrasse, sans qu'il existe des bâtiments ou autres ouvrages de l'autre côté.

683. *Comme* 653 - 656, C. F.

684. Tout copropriétaire peut faire bâtir contre un mur mitoyen, et y faire placer des poutres, solives, ancres ou autres ouvrages en fer ou bois, jusqu'à la moitié de l'épaisseur, pourvu qu'il n'en résulte aucun dommage au mur même. (657, C. F.)

685. *Comme* 658 - 659, C. F.

686. Chaque copropriétaire du mur mitoyen peut placer une gouttière à la partie qui lui appartient, et faire écouler les eaux sur son héritage, ou sur la voie publique, si les lois ou règlements ne le défendent pas.

687. *Comme* 660, C. F.

688. Un mur ne peut être rendu mitoyen sans la volonté du propriétaire.

689. *Comme* 662, C. F.

CODE BAVAROIS.

LIVRE II.

CHAPITRE VII.

DES SERVITUDES.

1. Une servitude est une charge imposée sur un héritage, au profit d'une personne autre que le propriétaire. (637 à 686, C. F. *diff.*)

2. Celui qui a le droit d'appuyer une poutre sur le mur d'autrui, doit supporter les frais de la réparation de la poutre et du mur.

3. Mais le droit d'appuyer une construction entière sur le mur d'autrui présente un caractère différent; alors c'est le propriétaire du mur qui doit le tenir en bon état, ou l'abandonner à son voisin

4. La servitude imposée à un propriétaire de ne pas exhausser sa maison, ne l'empêche pas d'y placer une balustrade avec des arbres ou des fleurs.

5. On peut être obligé d'exhausser sa maison, dans le cas où le voisin exécuterait cet exhaussement de son côté.

6. Si l'on a le droit d'élever un objet quelconque au-dessus du sol de son voisin, celui-ci ne peut pas couper les branches des arbres qui s'étendent sur son sol; mais ce droit n'implique pas celui de stillicide (ou droit de faire écouler les eaux sur le fonds inférieur).

7. Par le droit de vue, le propriétaire peut être contraint à souffrir une ouverture dans son mur; de même il peut lui être interdit d'ouvrir un jour ou de faire quelque chose qui puisse ôter la lumière à son voisin.

8 à 10. Les droits de stillicide, d'immission, ou écoulement des eaux, peuvent être actifs ou passifs :

CODE AUTRICHIEN.

CHAPITRE VII.

DES SERVITUDES.

Presque toutes les dispositions de cette matière sont régies par des usages locaux qui varient à l'infini ; le code n'a tracé que quelques règles générales.

472. Par le droit de servitude, un propriétaire est tenu de souffrir ou de ne pas faire quelque chose. (637, C. F.)

473 et 478. Les servitudes sont ou services fonciers (*c'est ce que le Code français appelle servitudes*), ou personnelles (telles que l'usufruit, l'usage et l'habitation). (687, C. F.)

474. Les servitudes sont urbaines ou rurales. (475 à 477, C. F.)

479. Les services fonciers peuvent être accordés à titre de tolérance; mais alors il faut prouver qu'il n'y a rien d'obligatoire. (2232, C. F.)

480. La servitude s'acquiert par contrat, par testament, par jugement ou partage, ou par prescription.

481. Le droit de servitude sur les immeubles, pour être acquis, doit être inscrit sur les registres publics. (639, C. F. *diff.*)

482-483. Le propriétaire du fonds servant n'étant pas tenu de l'obligation de faire, mais de souffrir ou de ne pas faire quelque chose, il en résulte que les frais des réparations doivent être à la charge de celui qui a droit à la servitude. (638-686, C. F. *diff.*)

484. Les servitudes ne peuvent être aggravées, mais plutôt restreintes, selon leur nature et leur objet.

485. Le propriétaire ne peut transporter la servitude d'une chose à une autre. (702, C. F.)

CODE PRUSSIEN.

PARTIE I.

TITRE XXII.

DES SERVITUDES ET DES SERVICES FONCIERS (1).

1. Tout propriétaire d'un fonds doit se soumettre aux limites et prescriptions légales de la propriété, et n'a droit à un dédommagement, que lorsque la loi le lui accorde.

3. Chaque propriétaire doit aussi se soumettre aux restrictions et aux exigences naturelles dont est grevée sa propriété, et sans lesquelles un fonds voisin ne pourrait être exploité; mais

(1) *En lisant ce titre, on ne doit pas oublier que le Code prussien laisse en pleine vigueur les coutumes existantes dans chaque province.*

CODE FRANÇAIS.

650. Celles établies pour l'utilité publique ou communale, ont pour objet le marchepied le long des rivières navigables ou flottables, la construction ou réparation des chemins et autres ouvrages publics ou communaux.

Tout ce qui concerne cette espèce de servitude, est déterminé par des lois ou des règlements particuliers.

651. La loi assujettit les propriétaires à différentes obligations l'un à l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention.

652. Partie de ces obligations est réglée par les lois sur la police rurale;

Les autres sont relatives au mur et au fossé mitoyens, au cas où il y a lieu à contre-mur, aux vues sur la propriété du voisin, à l'égout des toits, au droit de passage.

SECTION 1re. Du mur et du fossé mitoyens.

653. Dans les villes et les campagnes, tout mur servant de séparation entre bâtiments jusqu'à l'héberge, ou entre cours et jardins, et même entre enclos dans les champs, est présumé mitoyen, s'il n'y a titre ou marque du contraire.

654 Il y a marque de non mitoyenneté, lorsque la sommité du mur est droite et à plomb de son parement d'un côté, et présente de l'autre un plan incliné;

Lors encore qu'il n'y a que d'un côté ou un chaperon ou des filets et corbeaux de pierre, qui y auraient été mis en bâtissant le mur.

Dans ces cas, le mur est censé appartenir exclusivement au propriétaire du côté duquel sont l'égout ou les corbeaux et filets de pierre.

655. La réparation et la reconstruction du mur mitoyen sont à la charge de tous ceux qui y ont droit, proportionnellement au droit de chacun.

656. Cependant tout copropriétaire d'un mur mitoyen peut se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions, en abandonnant le droit de mitoyenneté, pourvu que le mur mitoyen ne soutienne pas un bâtiment qui lui appartienne.

657. Tout copropriétaire peut faire bâtir contre un mur mitoyen, et y faire placer des poutres ou solives dans toute l'épaisseur du mur, à cinquante-quatre millimètres (deux pouces) près, sans préjudice du droit qu'a le voisin de faire réduire à l'ébauchoir la poutre jusqu'à la moitié du mur, dans le cas où il voudrait lui-même asseoir des poutres dans le même lieu, ou y adosser une cheminée.

658. Tout copropriétaire peut faire exhausser le mur mitoyen; mais il doit payer seul la dépense de l'exhaussement, les réparations d'entretien au-dessus de la hauteur de la clôture commune, et en outre l'indemnité de la charge en raison de l'exhaussement et suivant la valeur.

659. Si le mur mitoyen n'est pas en état de supporter l'exhaussement, celui qui veut l'exhausser doit le faire reconstruire en entier à ses frais, et l'excédant d'épaisseur doit se prendre de son côté.

660. Le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement, peut en acquérir la mitoyenneté en payant la moitié de la dépense qu'il a coûté, et la valeur de la moitié du sol fourni pour l'excédant d'épaisseur, s'il y en a.

661. Tout propriétaire joignant un mur, a de même la faculté de le rendre mitoyen en tout ou en partie, en remboursant au maître du mur la moitié de sa valeur, ou la moitié de la valeur de la portion qu'il veut rendre mitoyenne, et moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti.

662. L'un des voisins ne peut pratiquer dans le corps d'un mur mitoyen aucun enfoncement, ni y appliquer ou appuyer aucun ouvrage, sans le consentement de

DEUX-SICILES.

597. *Comme* 676, C. F. *On a ajouté à la fin du premier alinéa :* Ceci toutefois ne produira pas de servitude au préjudice du voisin, lequel pourra les fermer en y adossant son édifice, conformément aux articles 581 et 582.

598 à 601. *Comme* 677 à 680, C. F.

SECTION IV.
De l'égout des toits.

602 *Comme* 681, C. F.

SECTION V.
Du droit de passage.

603 à 606 *Comme* 682 à 685, C. F.

CHAP. III.
Des servitudes établies par le fait de l'homme.

SECTION 1re.
Des diverses espèces de servitudes qui peuvent être établies sur les biens.

607 à 610. *Comme* 686 à 689, C. F

SECTION II.
Comment s'établissent les servitudes.

611 à 617. *Comme* 690 à 696, C. F.

SECTION III.
Des droits du propriétaire du fond auquel la servitude est due.

618 à 623. *Comme* 697 à 702, C. F.

SECTION IV.
Comment les servitudes s'éteignent.

624 à 631. *Comme* 703 à 710, C. F.

CODE DE LA LOUISIANE.

667. Lorsqu'un bâtiment menace ruine, le voisin a une action pour obliger le propriétaire à le faire démolir ou à le faire étayer; en attendant, s'il craint de recevoir quelque dommage par sa chute, il peut se faire autoriser en justice à y faire les étayements nécessaires, dont il aura le remboursement sur la chose, après que le danger aura été constaté par experts.

668. En cas d'incendie, les corps municipaux peuvent faire abattre les maisons pour en arrêter les progrès.

Les propriétaires n'auraient droit à une indemnité qu'autant que le feu ne s'y serait pas encore manifesté.

669. Celui qui édifie, sur son sol, contre un voisin, doit bâtir d'aplomb et sans saillie.

670. Les autres servitudes particulières imposées par la loi sont relatives aux objets suivants :

SECTION 1re Des murs, entourages et fossés mitoyens.

671. Celui qui bâtit le premier dans les villes, bourgs et faubourgs en place non enclose de murs, peut faire porter la moitié de son mur sur la terre de son voisin, pourvu qu'il bâtisse en pierres ou en briques, au moins jusqu'à la hauteur du premier étage, et pourvu aussi que l'épaisseur entière de ce mur n'excède pas 18 pouces, sans y comprendre l'empâtement, qui ne doit pas avoir plus de 3 pouces.

672. Si le voisin contribue par moitié à l'édification du mur, il y a alors mitoyenneté.

673. *Comme* 653, C. F.

674 à 682. *Comme* 655 à 663, C. F.

683. Dans les campagnes, les clôtures mitoyennes se font à frais communs, si les deux héritages sont en état de clôture : celui dont l'héritage n'est pas clos, ne doit point y contribuer.

684. *Comme* 670, C. F.

685. *Comme* 660, C. F.

686. *Comme* 669, C. F.

687. *Comme* 672, C. F.

SECTION II. De la distance des ouvrages intermédiaires, requise pour certaines constructions.

688 à 691. *Comme* 674, C. F.

CODE SARDE.

573. *Comme* 657, C. F.

574. Tout copropriétaire d'un mur mitoyen peut le faire traverser en entier par des tirants consolidés par des ancres, afin de consolider son bâtiment, à la charge de laisser 64 millimètres de distance de la façade du voisin et sans nuire à la solidité du mur.

575. *Comme* 658, C. F.

576. *Comme* 659, C. F. *Il est ajouté ce* § : En cas de dommage, même temporaire, à l'occasion de l'exhaussement, il y a lieu à indemnité.

577 à 579. *Comme* 660 à 662, C. F.

580. Pour adosser des amas de fumier, de bois, de terre, etc., contre le mur mitoyen, des précautions doivent être prises, pour éviter qu'ils ne lui nuisent.

581. *Comme* 663, C. F.

582. Si des deux fonds voisins, dans les villes et faubourgs, l'un est supérieur à l'autre, le propriétaire du fonds supérieur supportera seul les dépenses du mur mitoyen, jusqu'à la hauteur du sol; et la portion plus élevée est alors à frais communs.

583. *Comme* 656, C. F.

584. *Comme* 664, C. F. *Il est ajouté :* Toutes les dépenses d'une utilité commune, les allées, puits, portes, citernes, fosses d'aisance, etc., sont à la charge commune, en proportion de la valeur des différentes pièces de l'étage.

Les chambres intermédiaires aux étages, les galetas, mansardes, sont considérés comme appartenant à l'étage le plus rapproché.

Le propriétaire doit faire le plancher sur lequel il marche, ainsi que les voûtes, plafonds, lambris, etc., des pièces qui lui appartiennent.

585-586. *Comme* 665-666 C. F.

587. *Comme* 667-668, C. F. *Il est ajouté :* Pour que le rejet de la terre d'un seul côté du fossé fasse preuve de non-mitoyenneté, il faut que ce rejet soit accumulé depuis trois ans.

588-589. *Comme* 669 *et* 670 C. F.

590. *Comme* 673, C. F. *Il est ajouté ce* § : Les arbres qui servent de bornes ne peuvent être abattus que d'un commun accord.

SECTION II. De la distance des ouvrages intermédiaires.

591. Toute construction pr

CANTON DE VAUD.

436. Tout propriétaire peut clore son fonds, sauf ce qui est statué à l'article 472, par les dispositions de la loi sur le parcours et celles des lois forestières.

CHAP. II.

Des servitudes établies par la loi.

437 à 440. *Comme* 649 à 652, C. F.

SECTION Ire. Du mur et du fossé mitoyens.

441. *Comme* 653, C. F. *Il est ajouté :*

Si les fonds, étant de niveau, ne sont pas de même nature, le mur est censé appartenir exclusivement au propriétaire du fonds que la loi considère comme le plus précieux. Dans ce sens, le jardin est regardé comme plus précieux que la chenevière, la chenevière que la vigne, la vigne que le pré, le pré que le champ, le champ que le bois.

Si les fonds ne sont pas de niveau et qu'un mur soutienne le terrain du fonds le plus élevé, le mur est censé appartenir exclusivement au propriétaire du fonds que le mur soutient.

442. Il y a marque de non-mitoyenneté, lorsqu'il y a, ou des ouvertures existantes, telles que portes et fenêtres, ou des signes de ces anciennes ouvertures, comme tablettes, cadres et corniches; lorsqu'il y a un égout; lors encore qu'il n'y a que d'un côté,

CODE HOLLANDAIS.

690. *Comme* 663, *première partie.*

691. A défaut de règlements et d'usages, tout mur de séparation entre voisins, qui sera construit ou rétabli à l'avenir, doit avoir au moins trois aunes d'élévation ; chacun des voisins peut, à ses frais, faire construire un mur mitoyen au lieu d'une clôture en bois ; mais il ne peut remplacer un mur par une telle clôture.

692. *Comme* 675, C. F. *Il est ajouté :*

Il lui est néanmoins libre de le faire dans la partie du mur qu'il exhausse à ses frais, pourvu qu'il le fasse à l'époque de l'exhaussement et de la manière énoncée dans les deux articles suivants.

693 à 697. *Comme* 676 à 680, C. F.

698. Les dispositions contenues aux articles 681 jusque et compris l'article 697, sont applicables à toute clôture en bois, servant de séparation entre bâtiments, cours et jardins.

699. Lorsqu'il est nécessaire, pour réparer un bâtiment, de dresser quelque échafaudage sur le terrain du voisin, ou d'y passer pour transporter des matériaux, le propriétaire de ce terrain doit le souffrir, moyennant une indemnité, s'il y a lieu.

700. *Comme* 681, C. F.

701. Nul ne peut faire écouler ses eaux ou ses immondices par les égouts de l'héritage d'autrui, à moins qu'il n'en ait acquis le droit.

702. Tous bâtiments, murs, cloisons ou autres clôtures qui menacent ruine par vétusté ou autre cause, et qui mettent en danger l'héritage voisin, ou le débordent, doivent être démolis, reconstruits ou réparés à la première demande du propriétaire de l'héritage voisin.

703. *Comme* 674, C. F.

704. Les citernes, puits, fosses d'aisance, écoulements,

CODE BAVAROIS.

c'est-à-dire que l'on peut les imposer aux autres, ou être obligé de les supporter soi-même.

11. Celui qui a le droit de passage, peut l'exercer pour lui, pour ses domestiques et pour ceux qui viennent chez lui. Le passage des bestiaux doit avoir lieu *le fouet en l'air.*

12. Celui qui a le droit de puiser de l'eau ou d'abreuver des bêtes, a aussi le droit de passage pour une personne ou des bêtes. (696, C. F.)

(Chap. VIII. Liv. II.)

Du droit de pacage.

13. Le droit de pacage s'applique à toutes les espèces d'animaux ; c'est-à-dire qu'il constitue la faculté de faire paître des troupeaux sur le terrain d'autrui ou des communes.

Si le nombre en est déterminé, les animaux au-dessous d'un an ne sont pas comptés; à moins de titre contraire, ce droit a lieu à toutes les époques de l'année, en observant toutefois les ordonnances forestières.

Le droit de pacage ne donne pas le droit de faire couper l'herbe ; le propriétaire du pré ne peut lui-même y envoyer des bêtes ou en faire un autre usage qu'autant qu'il ne nuirait pas au droit de servitude d'autrui.

Dans le cas où plusieurs droits de servitude de cette nature existeraient sur un même fonds, on en réglera l'usage équitablement.

14. Pour les prés communaux, on observera les mêmes règles ; personne ne pourra y envoyer plus de bestiaux qu'il ne peut en

CODE AUTRICHIEN.

486. Un fonds peut être soumis à la servitude de plusieurs personnes à la fois.

475. Les servitudes urbaines les plus ordinaires consistent dans le droit :

1° D'appuyer une partie de sa maison sur la maison d'un autre (639-640, C. F.)

2° D'appuyer une poutre sur le mur de son voisin (657, C. F.) ;

3° D'ouvrir une fenêtre dans le mur latéral d'un voisin pour avoir de la lumière ou un droit de vue (676, C. F. *diff.*)

4° De construire un toit ou un balcon au-dessus du sol d'un autre ; (678, C. F.)

5° De conduire la fumée par la cheminée voisine ;

6° De faire couler l'eau des toits sur le fonds d'un autre (640-681, C. F.)

7° De verser ou de conduire l'eau sur la propriété voisine.

Par ces servitudes, le propriétaire d'une maison a le droit de faire quelque chose, ou une œuvre quelconque et déterminée sur le fonds d'autrui.

476. Par d'autres servitudes, le propriétaire du fonds servant est tenu de ne pas faire quelque chose, comme :

8° De ne pas exhausser sa maison ;

9° De ne pas l'abaisser ;

CODE PRUSSIEN.

alors il a droit à un dédommagement.

11. Sauf ces cas, l'exercice de la propriété ne peut être limité que par un droit acquis ; ce droit s'appelle *service foncier,* quand il s'exerce au profit d'un fonds sur un autre fonds.

13. Les services fonciers s'acquièrent par conventions, par testament ou par prescription ; celui qui prétend avoir acquis une prescription de trente ans, doit établir qu'il a joui pendant cet intervalle de temps du droit comme droit réel, et non à titre de tolérance seulement. (2236, C. F.)

16 à 19. Les servitudes continues, apparentes, ainsi que celles qui ne diminuent pas les revenus du fonds servant, n'ont pas besoin d'être inscrites sur le livre des hypothèques.

20 à 22. L'omission de cette inscription pour les autres services fonciers n'empêche pas leur exercice contre le propriétaire, auteur de la servitude, ou contre ses héritiers seulement ; ni contre les acquéreurs, pourvu que dans ce cas, cette formalité

CODE FRANÇAIS.

l'autre, ou sans avoir, à son refus, fait régler par experts les moyens nécessaires pour que le nouvel ouvrage ne soit pas nuisible aux droits de l'autre.

663. Chacun peut contraindre son voisin, dans les villes et faubourgs, à contribuer aux constructions et réparations de la clôture faisant séparation de leurs maisons, cours et jardins assis èsdites villes et faubourgs : la hauteur de la clôture sera fixée suivant les règlements particuliers ou les usages constants et reconnus; et, à défaut d'usage et de règlements, tout mur de séparation entre voisins, qui sera construit ou rétabli à l'avenir, doit avoir au moins trente-deux décimètres (dix pieds) de hauteur, compris le chaperon, dans les villes de cinquante mille âmes et au-dessus, et vingt-six décimètres (huit pieds) dans les autres.

664. Lorsque les différents étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires, si les titres de propriété ne règlent pas le mode de réparations et reconstructions, elles doivent être faites ainsi qu'il suit :

Les gros murs et le toit sont à la charge de tous les propriétaires, chacun en proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient.

Le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche.

Le propriétaire du premier étage fait l'escalier qui y conduit; le propriétaire du second étage fait, à partir du premier, l'escalier qui conduit chez lui, et ainsi de suite.

665. Lorsqu'on reconstruit un mur mitoyen ou une maison, les servitudes actives et passives se continuent à l'égard du nouveau mur ou de la nouvelle maison, sans toutefois qu'elles puissent être aggravées, et pourvu que la reconstruction se fasse avant que la prescription soit acquise.

666. Tous fossés entre deux héritages sont présumés mitoyens, s'il n'y a titre ou marque du contraire.

667. Il y a marque de non-mitoyenneté, lorsque la levée ou le rejet de la terre se trouve d'un côté seulement du fossé.

668. Le fossé est censé appartenir exclusivement à celui du côté duquel le rejet se trouve.

669. Le fossé mitoyen doit être entretenu à frais communs.

670. Toute haie qui sépare des héritages est réputée mitoyenne, à moins qu'il n'y ait qu'un seul des héritages en état de clôture, ou s'il n'y a titre ou possession suffisante au contraire.

671. Il n'est permis de planter des arbres de haute tige qu'à la distance prescrite par les règlements particuliers actuellement existants, ou par les usages constants et reconnus; et, à défaut de règlements et usages, qu'à la distance de deux mètres de la ligne séparative des deux héritages pour les arbres à haute tige, et à la distance d'un demi-mètre pour les autres arbres et haies vives.

672. Le voisin peut exiger que les arbres et haies plantés à une moindre distance soient arrachés.

Celui, sur la propriété duquel avancent les branches des arbres du voisin, peut contraindre celui-ci à couper ces branches.

Si ce sont les racines qui avancent sur son héritage, il a droit de les y couper lui-même.

673. Les arbres qui se trouvent dans la haie mitoyenne, sont mitoyens comme la haie, et chacun des deux propriétaires a droit de requérir qu'ils soient abattus.

SECTION II. De la distance des ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions.

674. Celui qui fait creuser un puits ou une fosse d'aisance près d'un mur, mitoyen ou non ;

CODE DE LA LOUISIANE.

SECTION III. Des vues sur la propriété de son voisin.

692. *Comme* 675, C. F.

693. Nul ne peut construire des galeries, balcons ou autres saillies, sur la limite de deux héritages, de manière que ces ouvrages se prolongent au de là de la ligne de cette limite, sur l'héritage du voisin.

SECTION IV. De l'égout des toits.

694. *Comme* 681, C. F.

SECTION V. Du droit de passage et de chemin.

695. *Comme* 682, C. F.

696. *Comme* 682-683, C. F.

697-698. Si l'héritage ne devient enclavé que par suite d'une vente, d'un échange ou d'un partage, c'est au vendeur, et non au propriétaire du fonds qui offre le trajet le plus court, à fournir le passage gratuitement pour son exploitation.

699. Le propriétaire qui a obtenu la servitude, ne peut plus en changer la situation; mais celui qui la doit, peut changer le passage, pourvu que l'autre propriétaire y trouve la même facilité.

700 à 702. Les chemins sont publics ou particuliers.

703. Celui qui, d'après son titre de propriété, doit un chemin public sur le bord d'un fleuve ou d'une rivière, est obligé d'en fournir un autre, sans indemnité, si celui qu'il avait déjà fourni vient à être détruit ou emporté par la rivière, ou est rendu impraticable.

704. *Comme* 685, C. F.

CHAPITRE IV.

Des servitudes conventionnelles ou volontaires.

SECTION Ire. Des diverses espèces de servitudes conventionnelles ou volontaires.

705 à 707. *Comme* 686-687, C. F.

708. Le droit d'appui est une servitude, d'après laquelle un propriétaire stipule que le voisin sera tenu de souffrir qu'il appuie sa maison ou ses poutres sur son mur.

709. *Comme* 681, C. F.

710. Le droit d'écoulement des eaux consiste à pouvoir faire passer par l'héritage du voisin des eaux rassemblées dans des tuyaux ou dans un canal.

711 à 713. On entend en général par *vues* toute espèce d'ouvertures qui peuvent, plus ou moins directement, faciliter les moyens de regarder hors de l'édifice pour lequel on les a faites.

On donne le nom de *jours* à des ouvertures moins considérables, ou disposées de manière qu'elles servent plutôt à éclairer un lieu qu'à procurer les moyens de voir à l'extérieur.

714. Le droit d'élever est une servitude, par laquelle un propriétaire impose au voisin l'obligation d'élever son mur jusqu'à une certaine hauteur.

715. Le droit de passage dans les villes est une servitude, par laquelle un propriétaire s'engage à souffrir que son voisin passe dans sa maison pour arriver à la sienne.

Il faut que cette faculté soit bien expresse dans le titre, pour être présumée une servi-

CODE SARDE.

être élevée sur les limites de la propriété.

592-593. Si elle n'est édifiée qu'à une distance moindre d'un mètre et demi des confins, le voisin peut construire sur ce terrain et requérir la mitoyenneté du mur, sauf une indemnité pour la valeur du sol et la moitié du mur, à moins que le propriétaire du sol ne préfère prolonger son bâtiment jusqu'à la limite de sa propriété.

Le voisin qui ne veut pas se prévaloir de cette faculté, ne doit construire qu'à la distance de trois mètres du mur voisin.

594-595. Cette disposition s'applique dans les villes aux bâtiments actuels, à moins qu'il n'existe des fenêtres dans le mur en face du confin; alors, on ne pourra construire qu'à la distance de trois mètres.

596. Si le fonds voisin du terrain sur lequel on veut construire est une aire à battre le grain, adjacente aux bâtiments ruraux, le mur ne devra avoir que deux mètres et demi de hauteur; si on l'élève plus haut, il devra être construit de manière à ne pas intercepter les rayons du soleil

597. La distance à observer pour l'établissement d'une citerne, d'une fosse d'aisan cloaque, fumier, est d'un mètre soixante et onze centimètres; e pour les tuyaux, de quatre-vingt-sept centimètres.

598. Pour construire de cheminées, fours, forges, usines, etc., il est des distance prescrites par les règlements; leur défaut, il y sera pourvu pa des experts.

599 à 602. Quand on creus des fossés ou canaux sur sa pro priété, ou quand on ouvre de sources ou conduits de fontaines il faut laisser une distance égal à leur profondeur entre eux le fonds voisin. Cependant, si l mur contre lequel on veut creu ser le fossé est mitoyen, il n'y pas de distance à observer, ma des travaux à faire pour garanti le mur mitoyen.

603. La distance de la limit de la propriété, pour planter, défaut de règlements locau (671, C. F.) :

1° Des arbres de haute futaie est de trois mètres;

2° Des arbres qui ne sont pa de haute futaie, d'un mètre demi.

3° Des vignes, arbustes, haie arbres fruitiers, est d'un dem mètre; et d'un mètre, si les haie sont formées de plantes, dont l

CANTON DE VAUD.

ou un chaperon, ou des filets et corbeaux (1) qui y auraient été mis en bâtissant le mur.

443-444. *Comme* 655-656, C. F.

445. Tout copropriétaire peut faire bâtir contre un mur mitoyen, et y faire placer des poutres ou solives jusqu'à la moitié de son épaisseur.

446 à 453. *Comme* 658 à 666, C. F. *Il est ajouté ce* § :

Si les fonds sont de nature différente, on suivra la règle établie pour les murs au second paragraphe de l'art. 441.

454-455. *Comme* 667-668. C. F. *Il est ajouté ce* § :

La présomption établie par l'article 454 cesse, lorsque la disposition en pente du terrain oblige de jeter la terre d'un côté seulement.

456. *Comme* 669, C. F.

457 Toute autre clôture qui sépare des fonds de même nature, est réputée mitoyenne, s'il n'y a titre ou possession suffisante du contraire.

Si les fonds ne sont pas de même nature, on suivra la règle établie pour les murs, au second paragraphe de l'article 441.

458. Il n'est permis de planter qu'à la distance de vingt pieds de la ligne séparative des deux fonds.

1° Des arbres de haute tige, qui ne sont pas arbres fruitiers ;

2° Des chataigniers et des noyers.

Les autres arbres fruitiers ne peuvent être plantés qu'à la distance de dix pieds de la même ligne, les espaliers toutefois exceptés.

(1) *Pierre ou pièce de bois enchâssées dans un mur, destinées à soutenir des poutres.*

CODE HOLLANDAIS.

égouts et autres objets semblables, communs entre des héritages voisins, doivent être entretenus aux frais des propriétaires.

705. La vidange des fosses d'aisance communes sera faite alternativement en passant dans chacun des héritages.

706 à 708. *Comme* 666 à 669, C. F.

709. Chacun des propriétaires riverains peut pêcher, aller en bateau, abreuver son bétail et puiser l'eau à son usage, dans le fossé mitoyen.

710. *Comme* 670-673, C. F.

711. Un voisin peut obliger l'autre à planter de nouvelles haies à frais communs, lorsque les anciennes, ayant été mitoyennes, ont servi de bornes ou de limites entre les héritages.

712. Il y a, entre autres, marque de non-mitoyenneté, lorsqu'un seul des héritages est en état de clôture.

713. *Comme* 671, C. F.

714. *Comme* 672, C. F. *Il est ajouté :*

Il pourra même couper les branches, si le voisin refuse de le faire à sa première réquisition, et pourvu qu'il n'entre pas dans la propriété du voisin.

715 à 717. *Comme* 682 à 685, C. F.

718. Le droit de passage cessera dès qu'il ne sera plus nécessaire; et l'on ne pourra invoquer la prescription de ce droit, quelle qu'en ait été la durée.

719. Les sentiers, voies ou chemins communs à plusieurs voisins, et qui leur servent d'issue sur la voie publique, ne peuvent être supprimés que du consentement commun.

720. Il existe des règlements particuliers pour les chemins de halage.

CODE BAVAROIS.

nourrir pendant l'hiver avec la récolte de ses champs.

15. Celui qui a le droit de recueillir des glands ou de couper du bois, doit se conformer aux ordonnances, et en user dans de justes bornes.

(Chap. VII. Liv. II.)

Des diverses espèces de servitudes.

2. La servitude peut être:

1° Affirmative, lorsque l'obligé doit souffrir ou faire quelque chose sur son fonds ;

2° Négative, lorsqu'il doit ne pas faire quelque chose ;

3° Continue, lorsqu'elle n'a pas besoin du fait actuel de l'homme;

4° Discontinue, lorsque le concours de ce fait est nécessaire (688, C. F.) ;

5° Réelle, quand il s'agit d'un service foncier imposé sur un héritage voisin à l'avantage d'un fonds appartenant à un autre propriétaire (686, C. F.) ;

6° Personnelle (*id. diff.*);

7° Urbaine ou rurale (liv. II, chap. VIII, § 2) 687, C. F.)

(Chap. VIII. Liv. II.)

Comment s'établissent les servitudes.

3. Les servitudes s'acquièrent par contrat, par testament ou prescription.

CODE AUTRICHIEN.

10°-11° De ne pas priver le fonds dominant d'air, de lumière ou de vue ;

12° De ne pas diriger l'eau pluviale autre part que sur le fonds voisin. (681, C. F.)

477. Les principales servitudes rurales sont le droit, sur le sol d'autrui :

1° D'avoir un sentier, voie ou passage d'animaux (682, C. F.) ;

2° De prendre de l'eau ou de faire abreuver les animaux (696, C. F.) ;

3° De garder et faire paître le bétail (682, C. F.) ;

4° De couper du bois, de cueillir des branches mortes, des glands et des feuilles ;

5° De chasser, de pêcher, de prendre des oiseaux ;

6° D'exploiter des carrières, de prendre du sable ou de faire cuire de la chaux ;

488. Le droit de fenêtre ne donne droit qu'à la lumière et à l'air; le droit de vue en est distinct; quand ces deux droits ne sont pas réunis, la fenêtre doit être grillée en fil de fer. (675-676, C. F.)

489. Celui qui a le droit de gouttière, peut faire tomber l'eau sur le toit d'un autre; mais s'il veut exhausser son toit, il faut que ce soit de manière à ne pas rendre la servitude plus onéreuse.

490-491. Celui qui a droit de jouir de l'eau pluviale de son voisin, doit faire à ses frais tous les travaux quelconques de conduite, même sur le fonds servant.

CODE PRUSSIEN.

soit remplie dans les deux ans à partir du jour du changement de possession.

27. La nature et les limites des servitudes qui dérivent des conventions ou des testaments, sont réglées par les dispositions de ces deux titres.

30. Le propriétaire du fonds n'est pas tenu d'aider d'une manière active l'exercice de la servitude; mais il ne doit rien faire pour l'empêcher. (701, C. F.)

35-36. Si l'ayant-droit a acquis la servitude par une convention à titre onéreux, le propriétaire du bien servant doit tenir son fonds dans un état tel, que l'exercice de la servitude puisse avoir lieu.

S'ils en jouissent également, ils contribuent proportionnellement aux frais d'entretien. (697 à 698, C. F.)

37. Mais si la chose se perd par accident ou par

CODE FRANÇAIS.	CODE DE LA LOUISIANE.	CODE SARDE.
Celui qui veut y construire cheminée ou âtre, forge, four ou fourneau; Y adosser une étable; Ou établir contre ce mur un magasin de sel ou amas de matières corrosives; Est obligé à laisser la distance prescrite par les règlements et usages particuliers sur ces objets, ou à faire les ouvrages prescrits par les mêmes règlements et usages, pour éviter de nuire au voisin. SECTION III. Des vues sur la propriété de son voisin. 675. L'un des voisins ne peut, sans le consentement de l'autre, pratiquer dans le mur mitoyen aucune fenêtre ou ouverture, en quelque manière que ce soit, même à verre dormant. 676. Le propriétaire d'un mur non mitoyen, joignant immédiatement l'héritage d'autrui, peut pratiquer dans ce mur des jours ou fenêtres à fer maillé et verre dormant. Ces fenêtres doivent être garnies d'un treillis de fer, dont les mailles auront un décimètre (environ trois pouces huit lignes) d'ouverture au plus, et d'un châssis à verre dormant. 677. Ces fenêtres ou jours ne peuvent être établis qu'à vingt-six décimètres (huit pieds) au-dessus du plancher ou sol de la chambre qu'on veut éclairer, si c'est au rez-de-chaussée; et à dix-neuf décimètres (six pieds) au-dessus du plancher, pour les étages supérieurs. 678. On ne peut avoir des vues droites ou fenêtres d'aspect, ni balcons ou autres semblables saillies sur l'héritage clos ou non clos de son voisin, s'il n'y a dix-neuf décimètres (six pieds) de distance entre le mur, où on les pratique, et ledit héritage. 679. On ne peut avoir des vues par côté ou obliques sur le même héritage, s'il n'y a six décimètres (deux pieds) de distance. 680. La distance dont il est parlé dans les deux articles précédents, se compte depuis le parement extérieur du mur où l'ouverture se fait; et, s'il y a balcons ou autres semblables saillies, depuis leur ligne extérieure jusqu'à la ligne de séparation des deux propriétés. SECTION IV. De l'égoût des toits. 681. Tout propriétaire doit établir des toits de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son terrain ou sur la voie publique; il ne peut les faire verser sur le fonds de son voisin. SECTION V. Du droit de passage. 682. Le propriétaire dont les fonds sont enclavés et qui n'a aucune issue sur la voie publique, peut réclamer un passage sur les fonds de ses voisins pour l'exploitation de son héritage, à la charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner. 683. Le passage doit régulièrement être pris du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à le voie publique. 684. Néanmoins il doit être fixée dans l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé. 685. L'action en indemnité, dans les cas prévus par l'article 682, est prescriptible; et le passage doit être continué, quoique l'action en indemnité ne soit plus recevable.	tude perpétuelle; autrement elle n'est censée avoir été accordée qu'à celui en faveur de qui elle a été constituée, et ne passe point à ses héritiers. 716. *Comme* 696, C. F. 717 à 722. Les principales servitudes rurales sont le passage, le chemin, la prise d'eau, la conduite des eaux ou l'aqueduc, l'abreuvoir, le pâturage ou le pacage, le droit de faire cuire de la brique ou de la chaux, et celui de tirer de la terre ou du sable de l'héritage de son voisin. 723-724. *Comme* 688-689, C. F. SECTION II. Comment s'établissent les servitudes. 725. *Comme* 1re partie, 686, C. F. 726. Celui qui n'a que la nue propriété d'un héritage, ne peut y imposer de servitudes, sans le consentement de l'usufruitier, à moins qu'elles ne portent aucune atteinte à ses droits. 727. Il ne suffit pas d'être propriétaire pour établir une servitude; il faut, de plus, être maître de ses droits. 728 à 730. Un mari, un procureur fondé et des corporations ne peuvent de leur chef établir des servitudes 731-732. L'acquéreur sous faculté de rachat et ceux qui ont une propriété résoluble, tels que le grevé de restitution, etc., peuvent établir des servitudes; mais elles cessent si la clause a son effet. 733-734. L'usufruitier et le copropriétaire indivis ne peuvent en établir. 735. Cependant le copropriétaire indivis, qui a consenti la servitude, ne peut pas opposer le défaut de consentement de ses cointéressés. 736. Si le copropriétaire n'a établi la servitude que sur sa part seulement, le consentement des autres copropriétaires n'est pas nécessaire. 737-738. L'ayant droit, dans ce cas, peut provoquer un partage. Si une licitation a lieu, et que la propriété soit adjugée à un autre que celui qui a concédé la servitude, le cédant, à cause de l'extinction de la servitude, doit restituer le prix. Le tiers, qui achète toutes les parties indivises, est tenu, comme son vendeur, de souffrir la servitude. 739. Les servitudes n'ont pas besoin de tradition, et se constituent par toute espèce d'actes. 740-744. Elles peuvent être établies : 1° Sur toute espèce de propriété, même du domaine public; 2° En faveur et à la charge de plusieurs fonds à la fois. 3° Avec réciprocité; 4° Sur des fonds non encore existants ou qu'on ne possède pas; 5° Sur une partie indiquée d'un fonds. 745. On peut en créer de nouvelles, lors même qu'il en existerait d'autres, mais pourvu qu'elles ne nuisent pas aux premières. 746. L'existence de l'hypothèque n'empêche pas la constitution d'une servitude; mais si elle déprécie le fonds hypothéqué, le créancier a le droit de le faire vendre libre de servitudes. 747. L'exercice des servitudes peut être limité à certains temps. 748. On peut, à toute espèce de servitudes,	coupe par pied s'opère périodiquement. Mais, s'il existe un mur séparatif, ces distances ne sont plus prescrites, pourvu que les plantes soient maintenues à la hauteur du mur. 604. Quant aux plantations dans les forêts, sur les bords des canaux, chemins, etc., on observera les règlements, et à défaut, les dispositions ci-dessus. 605-606. *Comme* 672, C. F. *Il est ajouté ce* § : Quant aux oliviers, on observera ce qui est prescrit par les règlements et usages locaux. SECTION III. Des vues sur la propriété de son voisin. 607-608. *Comme* 675-676, C. F. *Il est ajouté à l'art.* 676 *du* C. F : Cependant, l'existence de ces fenêtres (*de tolérance*), n'empêchera pas le voisin d'acquérir la mitoyenneté du mur; mais il ne pourra les boucher, qu'en appuyant son bâtiment contre le mur. 609. *Comme* 677, C. F. *Il est ajouté le* § *suivant :* Dans la partie extérieure du mur, du côté de l'héritage voisin, la hauteur à laquelle les jours sont pratiqués, doit être de vingt-six décimètres à partir du sol. 610. Celui qui a exhaussé le mur commun, ne peut pratiquer des vues ou fenêtres dans la partie exhaussée, à laquelle le voisin n'a pas voulu contribuer. 611. *Comme* 678, C. F. *Il est ajouté le* § *suivant* : Cette prohibition cesse, lorsqu'il existe entre les deux propriétés un chemin ou une petite rue, dont la largeur est moindre que celle ci-dessus (un mètre et demi). 612-613. *Comme* 679-680, C. F. 614. Celui qui a acquis par convention le droit d'avoir des fenêtres d'aspect sur l'héritage du voisin, ne peut s'opposer à ce qu'il bâtisse à distance prescrite par les articles 592, 594 et 595, à moins qu'il n'y ait titre contraire, ou que la prescription de trente ans n'ait eu lieu après opposition; mais si ce droit n'est acquis que par prescription, le propriétaire peut toujours construire ou élever son bâtiment au mépris de ce droit. SECTION IV. De l'égout des toits. 615. *Comme* 681, C. F.

CANTON DE VAUD.

Lorsque deux fonds seront séparés par un ruisseau, chemin, ou sentier appartenant au public, la ligne séparative sera censée tracée au milieu du ruisseau, chemin ou sentier.

659-660. *Comme* 472-473, C. F.

Il est ajouté au 1er *alinéa de l'art.* 672, C. F. ce § : A moins que le propriétaire ne puisse prouver qu'ils sont plantés depuis dix ans.

461. Le propriétaire d'un fonds ne peut le clore par un fossé ou par une haie vive, à une distance moindre d'un pied et demi de la ligne séparative des deux fonds. La distance doit être de trois pieds, si le fonds attenant est un jardin ou une vigne.

SECTION II.

De la distance et des ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions.

462. Nul ne peut faire creuser un puits, une citerne, ou une fosse d'aisance près d'un mur mitoyen ou non, qu'à la distance de six pieds, à moins qu'il ne fasse du côté de son fonds un mur ou contre-mur suffisant pour empêcher que ces ouvrages ne nuisent au voisin.

463. Nul ne peut construire une forge ou un four contre un mur mitoyen ou non, qu'à la distance de trois pieds, à moins qu'il ne fasse du côté de son fonds un mur ou contre-mur suffisant pour empêcher que ces ouvrages ne nuisent au voisin.

Dans tous les cas, l'inspection de la police est réservée.

464. Nul ne peut construire une étable, ou établir un magasin de sel ou amas de matières

CODE HOLLANDAIS.

TITRE V.

DES SERVITUDES.

SECTION 1re.

De la nature et des différentes espèces de servitudes.

721. *Comme* 637, C. F. *Il est ajouté :*

Elle ne peut être imposée ni à une personne, ni en faveur d'une personne. (686, C. F.)

622. Toute servitude consiste à souffrir, ou à ne pas faire une chose.

723. *Comme* 638, C. F.

724-725. *Comme* 688-689. C. F.

726. Lorsque l'on reconstruit un mur ou un bâtiment, les servitudes actives et passives se continuent à l'égard du nouveau mur ou du nouveau bâtiment, sans toutefois qu'elles puissent être aggravées, et pourvu que la reconstruction se fasse avant que la prescription soit acquise.

727. Celui qui a le droit de servitude de vue ou de jour, peut pratiquer autant de fenêtres ou de jours qu'il juge à propos; mais il ne peut, après avoir bâti ou exercé son droit, en augmenter le nombre par la suite.

On entend par jour seulement la lumière nécessaire, sans vue.

728. Toute personne peut bâtir à telle hauteur qu'elle juge à propos, à moins que l'élévation d'un bâtiment ne soit interdite en faveur d'un autre héritage. Dans ce cas le propriétaire de l'héritage auquel la servitude est due, peut empêcher ou faire enlever toute construction ou exhaus-

CODE BAVAROIS.

Dans le doute, si la servitude est réelle ou personnelle, on la présumera réelle.

4. Celui qui constitue une servitude doit être propriétaire de la totalité du fonds servant; si l'on constitue une servitude sur un fonds dont on ne devient acquéreur que postérieurement, cette servitude n'aura d'effet que de l'instant de l'acquisition.

L'usufruitier ne peut grever le fonds d'une servitude, que pour la durée de l'usufruit; mais il peut acquérir un droit de servitude au profit du fonds, pour toujours.

5. Quant à la prescription des services fonciers, il faut distinguer s'ils sont continus ou discontinus.

Les services continus s'établissent par l'usage de dix ans, entre présents, et de vingt ans entre absents; mais si l'on n'exhibe ni commencement de preuve par écrit, ni preuve que le propriétaire ait connu, su et souffert l'existence de la servitude, il faut quarante ans. (690, C. F. *diff.*)

Les services discontinus ne s'établissent que par la possession immémoriale; mais si l'on exhibe un titre et que l'on prouve que le propriétaire a connu et souffert le fait, l'exercice pendant dix ans ou vingt ans suffit pour établir le droit de servitude. (691, C. F. *diff.*)

Dans toutes les servitudes, celui qui veut l'exercer doit prouver qu'il s'en est servi pour acquérir un droit, et non à titre de tolérance, à moins que l'exercice de la servitude n'ait duré dix ans; dans ce cas c'est à l'adversaire à fournir la preuve que la jouissance était tolérée. (2232, C. F.)

La prescription pour détruire les servitudes acquises par contrat à titre onéreux, s'effectue par la moitié du temps ordinaire.

CODE AUTRICHIEN.

492. Le droit de sentier est le droit de marcher, soi ou toute autre personne, sur un sentier, et de s'y faire transporter par des hommes. (676, C. F.)

Le droit de passage des animaux entraîne la faculté de se servir d'une brouette.

493. Mais le droit de passer à pied n'entraîne pas celui de passer à cheval; ni celui de passage des animaux, la faculté de traverser la propriété avec une charrette, etc.

854-857. Les murs et autres clôtures sont considérés comme mitoyens, à moins de signes contraires.

855. Tout voisin peut utiliser le mur mitoyen jusqu'à la moitié de son épaisseur, pourvu que la propriété voisine n'éprouve aucun dommage de ces travaux.

856. Les réparations du mur mitoyen doivent être communes. (655 C. F.)

858. Tout possesseur exclusif d'un mur doit l'entretenir de manière à éviter le dommage que sa dégradation pourrait occasionner à ses voisins.

494. Les chemins, les ponts, etc., doivent être entretenus par tous les propriétaires qui s'en servent; le propriétaire du fonds servant n'en est pas même exempt. (650, C. F. *diff.*) (L. du 28 juillet 1824.)

495. La largeur des chemins sera réglée selon l'usage auquel il est destiné et selon les localités.

Si, par des inondations ou autrement, le chemin devient impraticable, le propriétaire du fonds servant est tenu d'en accorder un autre (682, C. F.)

496. Le droit de puiser de l'eau entraîne celui du passage pour y parvenir. (696, C. F.)

497. Celui qui a le droit de con-

CODE PRUSSIEN.

force majeure, le propriétaire du fonds assujetti n'est jamais tenu de la rétablir à ses frais; cependant il ne peut interdire à l'ayant-droit de la remettre en état. Il doit même contribuer à ce rétablissement s'il veut en jouir. S'il ne veut ou s'il ne peut la rétablir, et que la servitude dérive d'un contrat onéreux, il doit rendre ce qu'il a reçu.

55. Le droit de construction ou d'appui d'une poutre sur le mur d'un autre, doit être acquis, comme toute autre servitude. Le propriétaire du mur doit le tenir en bon état ou l'abandonner à l'ayant-droit. (657, C. F.)

62. Le droit de vue implique le droit d'ouvrir de nouvelles fenêtres, sur la propriété grevée de la servitude. (639, C. F.)

67. Le droit de passer avec une voiture sur le terrain d'autrui, n'implique pas le droit d'y passer avec des animaux, et *vice versa*.

119 à 124. Tout propriétaire qui

CODE FRANÇAIS.

CHAPITRE III.

Des servitudes établies par le fait de l'homme.

SECTION Ire. Des diverses espèces de servitudes qui peuvent être établies sur les biens.

686. Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés ou en faveur de leurs propriétés telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public.

L'usage et l'étendue des services ainsi établis se règlent par le titre qui les constitue; à défaut de titre, par les règles ci-après.

687. Les servitudes sont établies ou pour l'usage des bâtiments, ou pour celui des fonds de terre.

Celles de la première espèce s'appellent *urbaines*, soit que les bâtiments auxquels elles sont dues soient situés à la ville ou à la campagne.

Celles de la seconde espèce se nomment *rurales*.

688. Les servitudes sont ou continues, ou discontinues.

Les servitudes continues sont celles dont l'usage est ou peut être continuel, sans avoir besoin du fait actuel de l'homme : tels sont les conduites d'eau, les égouts, les vues et autres de cette espèce.

Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées ; tels sont les droits de passage, puisage, pacage et autres semblables.

689. Les servitudes sont apparentes, ou non apparentes.

Les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc.

Les servitudes non apparentes sont celles qui n'ont pas de signe extérieur de leur existence, comme, par exemple, la prohibition de bâtir sur un fonds, ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée.

SECTION II. Comment s'établissent les servitudes.

690. Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre, ou par la possession de trente ans.

691. Les servitudes continues non apparentes, et les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, ne peuvent s'établir que par titres.

La possession même immémoriale ne suffit pas pour les établir, sans cependant qu'on puisse attaquer aujourd'hui les servitudes de cette nature déjà acquises par la possession, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière.

692. La destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes.

693. Il n'y a destination du père de famille que lorsqu'il est prouvé que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire, et que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude.

694. Si le propriétaire de deux héritages, entre lesquels il existe un signe apparent de servitude, dispose de l'un des héritages sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude, elle continue d'exister activement ou passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné.

695. Le titre constitutif de la servitude, à l'égard de celles qui ne peuvent s'acquérir par la prescription, ne peut être remplacé que par un titre récognitif de la servitude, et émané du propriétaire du fonds asservi.

CODE DE LA LOUISIANE.

même légales, faire telles dérogations qui ne blesseraient pas l'intérêt public.

749. C'est toujours en faveur du fonds assujetti que s'interprètent les servitudes en cas de doute.

750 à 754. La servitude est réelle, lorsqu'elle est accordée sur un fonds en faveur d'un autre héritage, lors même qu'elle aurait une apparence de concession personnelle. Mais si elle énonce une faculté personnelle, elle s'éteint à la mort de celui en faveur duquel elle est constituée, à moins de stipulation contraire.

SECTION III. Comment s'acquièrent les servitudes.

755 à 760. Il y a des personnes qui ne peuvent établir des servitudes et qui peuvent néanmoins en acquérir : tels que les mineurs, les femmes, les tuteurs, les possesseurs de fonds, les propriétaires indivis, l'usufruitier déclarant agir pour le propriétaire, etc.

661 à 767. *Comme* 690 à 696, C. F.

SECTION IV. Des droits du propriétaire du fonds auquel la servitude est due.

768-769. *Comme* 697-698, C. F.

770. Le propriétaire de l'héritage auquel la servitude est due, a le droit d'aller sur l'héritage qui la doit, avec des ouvriers dans l'endroit où il a besoin de construire ou de réparer les ouvrages qui sont nécessaires à l'exercice de la servitude.

771 à 774. *Comme* 699 à 702, C. F.

775. Si la manière d'user de la servitude est incertaine, c'est au débiteur de la servitude à désigner l'endroit par où il veut qu'on l'exerce.

776. Si le titre qui accorde un passage n'en désigne ni la largeur, ni la manière d'en user, l'usage qu'en a fait jusqu'alors celui à qui la servitude est due, sert à interpréter le titre.

Si les circonstances sont insuffisantes, on prononcera en faveur du fonds qui doit la servitude, et l'on n'accordera qu'un passage pour aller à pied, de huit pieds de large en ligne directe, et de dix pieds dans les endroits où le chemin tourne.

777. Si le passage est stipulé, sans en fixer l'heure ni le temps, il faut distinguer : s'il s'agit d'un passage par un lieu non clos, il peut être exercé à toute heure, et même pendant la nuit. Mais s'il s'agit de passer par un lieu destiné à être clos pour la sûreté du propriétaire, le passage ne peut être exercé qu'à des heures convenables.

778. Le droit d'ouvrir des jours ou des vues, accordé à celui qui projette de faire bâtir, confère la faculté d'ouvrir les fenêtres nécessaires pour éclairer ou embellir sa maison.

Mais lorsque les édifices sont achevés, le propriétaire ne peut multiplier les fenêtres, ni même les agrandir.

SECTION V. Comment les servitudes s'éteignent.

779 (1).

780-781. *Comme* 703-704, C. F.

(1) *Cet article contient l'énumération des causes de l'extinction des servitudes. Elles*

CODE SARDE.

SECTION V. Du droit de passage et d'aqueduc.

616 à 618. *Comme* 682 à 684, C. F.

619. Si le fonds n'a été élevé que par suite d'une vente, d'un échange ou d'un partage, les vendeurs ou copartageants sont tenus d'accorder un passage sans indemnité.

620. Si ce passage cesse d'être nécessaire, les propriétés qui en étaient grevées en sont exemptes ; l'indemnité est restituée alors, ou l'annuité convenue cesse.

621. *Comme* 685, C. F.

622 à 633 (1). Toute commune, tout corps, tous particuliers doivent donner passage sur leurs fonds aux eaux qu'un propriétaire a le droit de conduire chez lui, à la charge de prouver que ces eaux suffisent à l'usage qu'il leur destine, et que le passage qu'il veut leur donner est moins dommageable. On excepte cependant de cette disposition, les maisons, cours, aires et jardins. Il doit payer au propriétaire, dont la propriété est traversée, la valeur estimative du sol, plus le cinquième, et des dommages-intérêts selon les cas.

CHAPITRE III.

Des servitudes établies par le fait de l'homme.

SECTION Ire. Des servitudes établies sur les biens.

634. *Comme* 686, C. F.

635. On peut convenir qu'un individu aura pour son utilité ou son agrément un droit à exercer sur le fonds d'autrui ; mais ce droit sera viager, personnel et non transmissible.

636 à 639. *Comme* 587 à 689, C. F.

640. La servitude de pris

(1) *Ces articles prescriven des règles à observer pour le ca où des aqueducs devraient êtr établis, mode de servitude qu n'est point réglé par le Cod français.*

Leurs dispositions contiennent des règles d'équité que l juge est appelé à appliquer selon les circonstances et les localités. Leur importance étan plus réglementaire que législative, nous n'avons pas cru utile de les reproduire en entier.

CANTON DE VAUD.

orrosives contre un mur nitoyen ou non, à moins qu'il ne fasse du côté de on fonds un mur ou ontre-mur suffisant pour viter de nuire au voiin

465. Nul ne peut adoser une cheminée ou âtre ontre un mur apparteiant en entier à son voiin.

SECTION III.

Des vues sur la propriété de son voisin.

466. *Comme* 675, C. F.

467. *Comme* 678 (1), C. F.

468. *Comme* 679 (2), C. F.

469. *Comme* 680, C. F.

470. Lorsque le droit le vues droites ou obliques est acquis par titre ou par prescription, le voisin ne peut bâtir plus près de dix-huit pieds du bâtiment opposé, si les vues sur son fonds sont droites; ni plus près de six pieds, si elles sont obliques.

SECTION IV.

De l'égout des toits.

471. *Comme* 681, C. F.

(1) *Seulement la distance pour les vues droites entre les deux fonds doit être de 9 pieds au lieu de* 6.

(2) *Pour les vues obliques, la distance est fixée à 3 pieds et non à* 2.

CODE HOLLANDAIS.

sement prohibé par le titre.

729. La servitude d'écoulement des eaux ne comprend que l'eau pure, et non pas le droit de faire passer des immondices.

730. La servitude d'égoût est le droit de pouvoir faire écouler les eaux et les immondices.

731. Le propriétaire d'un héritage, qui a le droit de placer des poutres ou des ancres dans la muraille d'autrui, peut remplacer celles qui sont dépéries; mais il ne peut en augmenter le nombre, ni en changer le placement.

732. Celui qui a le droit d'aller en bateau sur les eaux d'un héritage voisin, doit contribuer aux frais nécessaires pour les rendre en tout temps navigables, à moins qu'il ne renonce à son droit.

733. La servitude de sentier est le droit de pouvoir aller à pied, à travers le fonds d'autrui.

Celle de voie est le droit de pouvoir y passer à cheval et d'y conduire les bestiaux.

Celle de chemin est le droit d'y passer avec un chariot, une voiture, etc.

Si la largeur du sentier, de la voie ou du chemin n'est pas fixée dans le titre, elle le sera conformément aux règlements particuliers ou aux usages des lieux.

734. La servitude d'aqueduc est le droit de conduire de l'eau vers son fonds, en la faisant traverser les héritages voisins.

735 à 737. *Comme* 697 à 700, C. F.

738. *Comme* 702, C. F.

739. *Comme* 701, C. F.

740, *Comme* 696, C. F.

741. Lorsque l'héritage assujetti passe à plusieurs propriétaires, chaque portion demeurera grevée de la servitude, en tant qu'il est nécessaire pour l'exercer.

CODE BAVAROIS.

(Chap. VII. Liv. II.)

Des effets de la servitude.

6. Les services fonciers sont attachés activement et passivement au fonds; les mutations des propriétaires n'y apportent aucun changement.

Le droit existe non-seulement sur le fonds en entier, mais encore sur toutes ses parties; en l'exerçant sur les parties on doit se conformer aux conventions, aux coutumes ou à l'équité.

Le propriétaire du fonds dominant pourra faire à ses frais sur le fonds servant tout ce qui sera nécessaire pour l'exercice de son droit; il ne peut faire ce qui est seulement à sa commodité qu'autant que son œuvre ne nuirait pas au propriétaire du fonds servant. (697, C. F.)

Le propriétaire du fonds servant ne peut rien faire ni construire, qui puisse nuire à l'exercice de la servitude; le propriétaire du fonds dominant ne peut l'empêcher de vendre son immeuble. (701 et 640, *dernier* §, C. F.)

La servitude est indivisible; si elle a été constituée au profit de plusieurs personnes, elle est exercée *in solidum*. S'il y a doute elle est expliquée de la manière la plus étroite.

Chap. VII. Liv. II.

Comment les servitudes s'éteignent.

37. Les services fonciers s'éteignent :

CODE AUTRICHIEN.

duire de l'eau sur son fonds de chez un voisin, a aussi la faculté d'y faire construire à ses frais les tuyaux et conduits nécessaires. (696. C. F.)

498. Si lors de l'acquisition du droit de pacage, il n'a été rien réglé sur le nombre et l'espèce des bestiaux, ni sur le mode et le temps de sa jouissance, la prescription sera acquise par une possession paisible de trente ans.

S'il y a doute, on se réglera d'après les dispositions suivantes :

499. Le droit de pacage (sauf les restrictions exprimées dans les lois administratives et forestières) s'étend à toute espèce de bêtes de somme, à corne ou à laine, mais non aux porcs, volailles et chèvres dans les forêts. Les bêtes nuisibles et celles d'autrui en sont toujours proscrites.

500. Si le nombre des bêtes qu'on a le droit de faire pacager sur le sol d'autrui a changé pendant les derniers trente ans, le nombre moyen des trois premières années servira de règle.

Si ce nombre n'est fixé par aucun précédent, on aura égard à l'étendue et à la qualité du pré. Le propriétaire du fonds dominant ne pourra jamais y envoyer plus de bêtes qu'il ne pourrait en nourrir pendant l'hiver avec les herbes qu'il obtient du fonds dominant.

Les bêtes à la mamelle ne comptent pas.

501. Le temps du pacage est réglé par les usages, à moins qu'ils ne soient contraires aux arrêtés administratifs.

502. Celui qui a le droit de pacage ne peut ni faire faucher les herbes, ni exclure le propriétaire du fonds de l'usage du pré, ni en léser la substance.

Il peut être contraint à faire garder ses bêtes.

503. Ces dispositions reçoivent

CODE PRUSSIEN.

possède des champs dans l'enclave de ceux destinés au pâturage des bestiaux, peut se faire clore (1).

Mais cette faculté ne sera exercée qu'autant que des experts auront réglé le mode de clôture, de manière à ne pas enlever une surface nécessaire à la pâture.

De l'extinction des servitudes.

43. Les servitudes prennent fin par consentement tacite, lorsque l'ayant droit laisse faire au propriétaire du fonds servant des

(1) *Toute la dernière partie du titre XXII s'occupe du droit de pâturage, de pacage et de glandée, qui forment des droits spéciaux. Il suffira d'extraire quelques dispositions qui répondent aux articles* 647 *et* 648, C. F.

CODE FRANÇAIS.	CODE DE LA LOUISIANE.	CODE SARDE.

CODE FRANÇAIS.

696. Quand on établit une servitude, on est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user.

Ainsi, la servitude de puiser de l'eau à la fontaine d'autrui, emporte nécessairement le droit de passage.

SECTION III. Des droits du propriétaire du fonds auquel la servitude est due.

697. Celui auquel est due une servitude, a droit de faire tous les ouvrages nécessaires pour en user et pour la conserver.

698. Ces ouvrages sont à ses frais, et non à ceux du propriétaire du fonds assujetti, à moins que le titre d'établissement de la servitude ne dise le contraire.

699. Dans le cas même où le propriétaire du fonds assujetti est chargé par le titre de faire à ses frais les ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de la servitude, il peut toujours s'affranchir de la charge, en abandonnant le fonds assujetti au propriétaire du fonds auquel la servitude est due.

700. Si l'héritage pour lequel la servitude a été établie vient à être divisé, la servitude reste due pour chaque portion, sans néanmoins que la condition du fonds assujetti soit aggravée.

Ainsi, par exemple, s'il s'agit d'un droit de passage, tous les copropriétaires seront obligés de l'exercer par le même endroit.

701. Le propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut rien faire qui tende à en diminuer l'usage ou à le rendre plus incommode.

Ainsi, il ne peut changer l'état des lieux, ni transporter l'exercice de la servitude dans un endroit différent de celui où elle a été primitivement assignée.

Mais cependant, si cette assignation primitive était devenue plus onéreuse au propriétaire du fonds assujetti, ou si elle l'empêchait d'y faire des réparations avantageuses, il pourrait offrir au propriétaire de l'autre fonds un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits, et celui-ci ne pourrait pas le refuser.

702. De son côté, celui qui a un droit de servitude, ne peut en user que suivant son titre, sans pouvoir faire, ni dans le fonds qui doit la servitude, ni dans le fonds à qui elle est due, de changement qui aggrave la condition du premier.

SECTION IV. Comment les servitudes s'éteignent.

703. Les servitudes cessent lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user.

704. Elles revivent si les choses sont rétablies, de manière qu'on puisse en user; à moins qu'il ne se soit déjà écoulé un espace de temps suffisant pour faire présumer l'extinction de la servitude, ainsi qu'il est dit à l'article 707.

705. Toute servitude est éteinte lorsque le fonds à qui elle est due et celui qui la doit sont réunis dans la même main.

706. La servitude est éteinte par le non-usage pendant trente ans.

707. Les trente ans commencent à courir, selon les diverses espèces de servitudes, ou du jour où l'on a cessé d'en jouir, lorsqu'il s'agit de servitudes discontinues, ou du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude, lorsqu'il s'agit de servitudes continues.

708. Le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude même, et de la même manière.

709. Si l'héritage en faveur duquel la servitude est établie appartient à plusieurs par indivis, la jouissance de l'un empêche la prescription à l'égard de tous.

710. Si parmi les copropriétaires il s'en trouve un contre lequel la prescription n'ait pu courir, comme un mineur, il aura conservé le droit de tous les autres.

CODE DE LA LOUISIANE.

782. Si un mur mitoyen ou une maison qui est assujettie à quelque servitude vient à être reconstruit après avoir été détruit, toutes les servitudes actives et passives revivent.

783-784. Si la reconstruction a eu lieu de la part du propriétaire auquel la servitude est due, après le temps requis pour prescrire, cette servitude sera éteinte; mais il n'en est pas de même en faveur du propriétaire soumis à la servitude, parce qu'on ne pouvait le contraindre à reconstruire.

785. La servitude est éteinte ou prescrite par le non-usage, pendant dix ans entre présents, et vingt ans entre absents.

786-787. *Comme* 707, C. F.

788. Si le propriétaire du fonds auquel la servitude est due, est empêché d'en user par un obstacle qu'il n'a pu ni prévenir ni faire cesser, la prescription de non-usage ne court pas contre lui, tant que cet obstacle dure.

789-790. La servitude est conservée par l'usage qu'une personne, même étrangère, fait de cette servitude, pourvu qu'elle le fasse à l'occasion de ce fonds.

791. La prescription des servitudes par le non-usage n'a pas lieu contre les servitudes naturelles ou nécessaires, qui dérivent de la situation des lieux.

792. *Comme* 708, C. F.

793. On ne prescrit le surplus d'une servitude, qu'autant qu'elle est continue-apparente.

794. Si, au contraire, le propriétaire a joui d'un droit moins étendu que celui porté en son titre, la servitude est réduite à ce qui en est conservé par la possession, pendant le temps suffisant pour prescrire.

795. Si le propriétaire n'a joui que de l'accessoire nécessaire à l'exercice de la servitude, il ne sera pas censé avoir usé de son droit.

796. Si le propriétaire a usé d'une autre servitude que celle qui lui était accordée, sans user de celle-ci, il pourra perdre cette dernière servitude par la prescription, sans acquérir celle dont il a usé, si elle est discontinue ou non apparente.

797-798. *Comme* 709-710, C. F.

799. En cas de partage, la servitude n'est due qu'à celui qui en fait usage.

800. C'est au propriétaire du fonds auquel la servitude est due à prouver qu'il en a fait usage.

801. Si la réunion des deux héritages ne s'était faite que sous une condition résolutoire, ou si elle cessait par une éviction légale, la résolution du titre ferait revivre les servitudes.

802 et 803. *Comme* 705, C. F.

804-805. Si l'héritier pur et simple vend à un tiers l'universalité de ses droits héréditaires, cette vente empêchera la confusion.

806. Si l'héritier est abandonnataire, ou s'il n'a accepté la succession que sous bénéfice d'inventaire, la confusion ne s'opérera pas.

sont les mêmes que dans le C. F.; on en retrouve la reproduction dans les articles suivants.

CODE SARDE.

d'eau au moyen d'un canal ou d'un ouvrage extérieur est continue et apparente.

641. Le tribunal, sur l'avis des experts, déterminera la forme de l'orifice de la dérivation, à défaut de convention ou d'une possession décennale.

642. Lorsque la quantité d'eau n'a pas été déterminée, on est censé avoir accordé celle qui est nécessaire.

643. Dans les contrats de concession d'eau à quantité constante, on devra indiquer cette quantité par relation au module d'eau. Ce module est la quantité d'eau qui s'échappe à travers un orifice de forme quadrilatère rectangulaire de deux décimètres carrés.

644-645. Le droit à une prise d'eau est ou continuel, ou à des intervalles convenus, ou pour un temps déterminé et périodique.

646-647. Dans les distributions d'eau où chaque usager vient à son tour, le temps que l'eau met à se rendre chez celui qui doit en jouir, court pour son compte, *et la queue de l'eau* appartient à l'usager dont le tour cesse.

SECTION II. Comment s'établissent les servitudes.

648-649. *Comme* 690-691. *Il est ajouté à ce dernier article :*

Les servitudes de passage en faveur de fonds déterminés peuvent s'acquérir par la prescription de trente ans, si ce passage est considéré comme abusif, c'est-à-dire, s'il existe un autre passage suffisant pour le service des fonds.

650 à 654. *Comme* 692 à 696, C. F.

655. Le nu-propriétaire peut établir des servitudes sur le bien soumis à l'usufruit, pourvu qu'elles ne nuisent pas à l'usufruitier.

656. La concession de servitude faite par un seul propriétaire d'un bien indivis est en suspens. Mais ceux qui ne l'ont pas consentie, ses héritiers ou ayants-cause, ne peuvent rien faire qui empêche l'exercice du droit partiel concédé.

SECTION III. Des droits du propriétaire du fonds auquel la servitude est due.

657. *Comme* 697, C. F. *Il est*

CANTON DE VAUD.

SECTION V.

Du droit de passage.

472 à 474. *Comme* 682 à 684, C. F.

475. Si le passage accordé au fonds enclavé cesse d'être nécessaire par la réunion de ce fonds à un autre fonds aboutissant à un chemin, il sera supprimé. S'il a été payé une indemnité, le prix en sera restitué.

476. *Comme* 685, C. F.

CHAPITRE III.

Des servitudes établies par le fait de l'homme.

SECTION Ire.

Des diverses espèces de servitudes qui peuvent être établies sur les biens.

477. *Comme* 686, C. F.

478-479. *Comme* 684-685, C. F.

SECTION II.

Comment s'établissent les servitudes.

480 à 486. *Comme* 690 à 696, C. F.

SECTION III.

Des droits du propriétaire du fonds auquel la servitude est due.

487 à 492. *Comme* 697 à 702, C. F.

CODE HOLLANDAIS.

SECTION II.

Comment s'établissent les servitudes.

742. Les servitudes s'établissent par titre ou par prescription.

743. Le titre constitutif de la servitude devra être transcrit sur les registres publics à ce destinés.

744. *Comme* 690, C. F.

745. Le propriétaire du fonds inférieur, qui a usé de la source du fonds supérieur, ne commencera sa prescription qu'à compter du moment où il aura fait et terminé des ouvrages apparents, destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans sa propriété.

746. *Comme* 691, C. F.

747-748. *Comme* 693-694, C. F.

749. L'un des copropriétaires d'un fonds peut, par son fait et à l'insu des autres, acquérir une servitude en faveur de l'héritage commun.

SECTION III.

Comment les servitudes s'éteignent.

750. *Comme* 703, C. F.

751. Si l'héritage assujetti à la servitude, ou celui auquel elle est due, n'est pas entièrement perdu ou détruit, la servitude continuera d'exister selon que le comporte la situation des héritages.

752-753. *Comme* 704-705, C. F.

754. *Comme* 706, C. F. *Il est ajouté:*

Les trente ans ne commencent à courir que du jour où il a été fait un acte apparent et contraire à la servitude. (707, C. F.)

CODE BAVAROIS.

1° Par l'expiration du temps pour lequel ils ont été établis par le contrat ;

2° Par l'extinction du droit de celui qui les a constitués ;

3° Par la confusion.

Dans ce cas le droit ne renaît pas lors d'une nouvelle division des héritages. (705, C. F.)

4° Par la perte de la chose.

Les services fonciers alors ne renaissent qu'autant que les choses sont rétablies de manière à ce qu'on puisse en user (704, C. F.);

5° Par la renonciation tacite ou expresse.

Par la renonciation à une servitude, on ne perd pas l'usage des autres servitudes qu'on aurait sur le même fonds.

La renonciation tacite a le plus souvent lieu par le *non-usage ;* sous ce rapport on doit distinguer entre les servitudes continues et discontinues.

Les servitudes continues s'éteignent par le non-usage pendant dix ans, ou entre absents pendant vingt ans, mais à condition que le propriétaire du fonds servant aurait fait quelque chose de contraire à la servitude. (707, C. F.)

Les servitudes discontinues, dont on ne se sert qu'à des époques mensuelles ou annuelles, ne s'éteignent que par le non-usage de vingt à quarante ans.

Il n'est pas besoin du fait contraire.

Sous ce rapport il n'y a pas de différence pour les servitudes urbaines au rurales, et il ne peut pas être question de mauvaise foi ; on ne doit pas confondre avec le non-usage l'abus qui ne fait pas perdre l'usage, à moins qu'il n'y ait convention contraire ou loi comminatoire.

CODE AUTRICHIEN.

leur application lorsqu'il s'agit de la coupe des bois, de l'extraction des pierres, etc.

Mais si quelqu'un peut prouver que son droit dérive de la copropriété, on se réglera sur les dispositions du chapitre de la communauté de la propriété.

504-522. *Ces articles règlent ce qui est relatif aux servitudes personnelles.* (Voir *le titre* de l'Usufruit.)

523. Il y a deux actions résultant des servitudes. ou on peut réclamer ce droit contre un propriétaire, ou celui-ci peut se plaindre de l'usurpation de ce droit à son égard.

Mais dans l'un et l'autre cas il faut en administrer la preuve.

524. En général les servitudes s'éteignent comme tous les droits et toutes les obligations.

525. La non-existence de l'une des deux propriétés fait cesser la servitude, mais elle revit aussitôt que les choses sont rétablies. (703, C. F.)

526. Si la propriété des deux fonds est réunie dans la même main, la servitude cesse; mais elle renaît si l'un des deux fonds est revendu avant que la servitude ne soit éteinte par la mainlevée de l'inscription sur les registres publics. (705, C. F.)

527. Lorsque le droit purement temporaire du propriétaire a pu être connu du possesseur de la servitude, elle cesse d'elle-même à l'époque déterminée.

528. Une servitude accordée à une personne jusqu'au temps où un tiers aura atteint un certain âge, ne s'éteint qu'à l'époque fixée, quoique ce tiers soit décédé auparavant. (620, C. F.)

529. Les servitudes personnelles finissent par la mort de celui à qui elles sont dues, à moins de réserve en faveur des héritiers ; mais

CODE PRUSSIEN.

changements qui empêchent absolument l'exercice de son droit.

44-45. Mais si le préjudice n'est occasionné qu'insensiblement, le fondé en droit peut réclamer avant le terme de la prescription, la cessation du trouble.

46. Les servitudes peuvent être supprimées pour cause d'utilité publique ; mais alors une indemnité est accordée à l'ayant droit.

49. Tant qu'une servitude reste inscrite aux hypothèques, elle ne peut, excepté dans les cas des art. 44 et 45, être prescrite pour simple non-usage.

52. Les servitudes s'éteignent par la réunion des deux fonds dans la même main ; mais si celui qui les possède n'en a pas fait disparaître les indices extérieurs, ou s'il ne les a pas fait rayer sur les registres publics; elles renaîtront lors de la séparation nouvelle des héritages.

CODE DE LA LOUISIANE.

807. Les acquêts des époux pendant la durée de leur mariage, ne se confondent point avec leurs biens propres ; si ces acquêts sont revendus pendant le mariage, les servitudes existantes antérieurement à l'acquisition continuent de plein droit.

808. Les servitudes éteintes par la confusion ne peuvent plus revivre que par une nouvelle constitution, à l'exception des servitudes continues et apparentes, à l'égard desquelles la destination du père de famille vaut titre. (692, C. F.)

809-811. L'abandon du fonds asservi ou de la partie sur laquelle s'exerce la servitude, éteint ce droit.

812 à 816. Les servitudes s'éteignent aussi par la renonciation, ou par la remise volontaire, expresse ou tacite qu'en fait le propriétaire du fonds auquel elles sont dues.

817. Les servitudes s'éteignent encore lorsqu'elles n'ont été constituées que pour un temps ou conditionnellement.

818. Les servitudes s'éteignent enfin par la résolution du droit de celui qui les a constituées.

(Titres V et VI.)

819 à 869. *Ces articles contiennent des dispositions spéciales de procédure* sur le bornage et l'arpentage des terres, et sur les ouvrages nouveaux dont la construction peut être empêchée.

Nous croyons inutile de les reproduire, comme étant sans rapports avec le C. F.; il s'agissait, en effet, dans la Louisiane, probablement de faire des partages de terres presque vierges.

CODE SARDE.

ajouté : Mais il doit déterminer le temps et le mode des ouvrages, de manière à ce que le fonds assujetti n'éprouve que la charge inévitable.

658. *Comme* 698. C. F. *Il est ajouté :*

Cependant, si les deux propriétaires jouissent de la chose soumise à l'usufruit, les ouvrages s'exécuteront à frais communs, ou en proportion de l'avantage que chacun en retire.

659 à 662. *Comme* 699 à 702, C. F.

663. Le droit de conduire l'eau ne soumet celui qui l'exerce à aucune charge foncière et ne lui attribue la propriété ni du terrain latéral, ni de celui existant au-dessous de la source ou du canal.

664. Le concédant est tenu envers les usagers à toutes les réparations quelconques d'entretien, curage, etc.

665. Si le manque d'eau provient d'un fait qui lui est étranger, il ne sera pas responsable du dommage éprouvé par les usagers ; mais il subira une réduction proportionnelle du prix de location.

666. Le manque d'eau doit être supporté par celui qui devait en jouir au temps où elle a manqué.

667. Entre plusieurs usagers le manque d'eau doit être supporté par celui dont le titre est le plus récent, où si leurs droits sont égaux, par l'usager inférieur.

668. En cas de contestation sur le possessoire, on se règle sur le mode antérieur de jouissance.

SECTION IV. Comment les servitudes s'éteignent.

669 à 671. *Comme* 703 à 705, C. F.

672. Les servitudes établies par le mari en faveur des biens dotaux ou par le propriétaire en faveur du fonds emphytéotique, ne s'éteignent ni par la dissolution du mariage, ni par la cessation de l'emphytéose

673 à 675. *Comme* 706 à 708, C. F.

676. Malgré l'existence de vestiges de travaux exécutés pour le passage des eaux, la prescription n'en est pas moins acquise, car c'est une servitude qui a besoin d'être pratiquée.

677. L'usage d'une servitude dans un temps autre que celui qui a été convenu ou réglé par la possession, n'en empêche pas la prescription.

678-679. *Comme* 709-710, C. F.

ANTON DE VAUD.	CODE HOLLANDAIS.	CODE AUTRICHIEN.
SECTION IV.	735. Néanmoins si l'héritage auquel la servitude est due a été mis dans un état qui rend l'exercice de la servitude impossible, la prescription sera acquise par le seul laps de trente ans, à compter du moment où cet héritage a pu être rétabli de manière à rendre possible l'exercice de la servitude.	alors on n'entend que les héritiers légitimes du premier degré seulement.
...ment les servitudes s'éteignent.		539. Les rentes perpétuelles ne sont pas des servitudes personnelles, elles sont essentiellement transmissibles.
...93 à 500. *Comme* ...à 710. C. F.	736-737. *Comme* 708-709, C. F.	1488. Le droit de servitude se prescrit lorsque l'obligé s'est opposé à son exercice et que l'ayant droit n'a pas fait valoir son titre pendant trois ans.
		1469. Celui qui a fait inscrire sous son nom un droit de servitude sur les registres publics, acquiert ce droit par la prescription de trois ans.

TABLE DES MATIÈRES.

SECTION II.

CHAPITRE III.

SECTION PREMIÈRE.

SECTION II.

SECTION III.

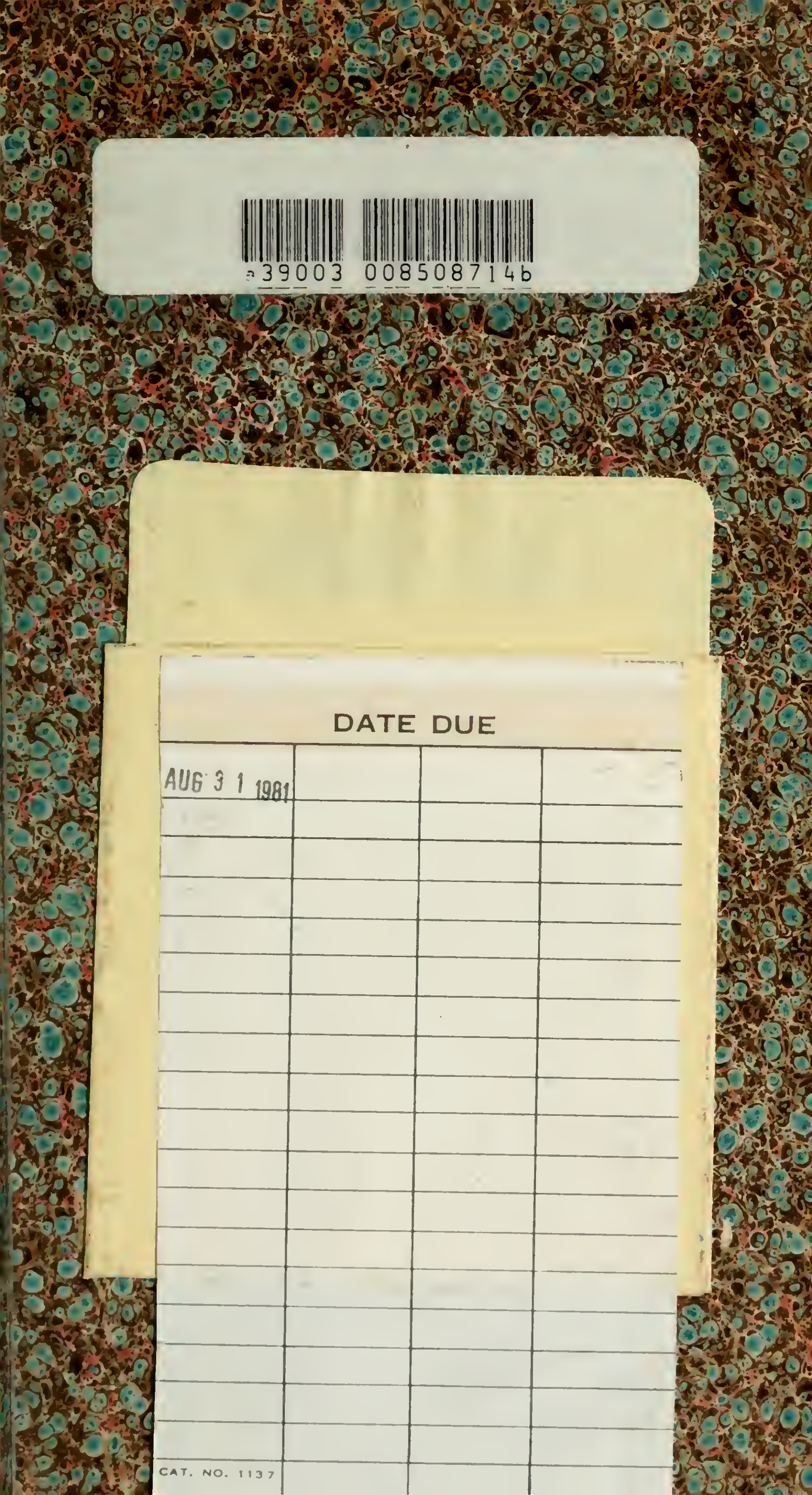
SECTION IV.

SECTION V.



FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES DU TOME TROISIÈME.




39003 008508714b
DATE DUE
AUG 31 1981
CAT. NO. 1137

